Der Einredebegriff nach dem BGB.

und sein

Verhältnis zum Anfechtungsbegriff.

Inaugural-Dissertation

der

Hohen Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

zur

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Curt von der Groeben
Referendar.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1903.

Meinen lieben Eltern!

Angabe der in der Arbeit benutzten Literatur.

1. Arndt, Lehrbuch der Pandekten; 13. Aufl. Stuttgart 1886.
2. Archiv für bürgerliches Recht, Band XVIII; 1900.
3. Bekker, System des Pandektenrechtes; Weimar 1886.
4. Bendix, das deutsche Privatrecht auf Grund des BGB.; Breslau 1899.
5. Bunsen, Einführung in das BGB.; Rostock 1897.
6. v. Buchka, vergleichende Darstellung des BGB. und des gemeinen Rechtes; 2. Aufl. Berlin 1898.
7. Brinz, Lehrbuch des Pandektenrechtes; 2. Aufl. Erlangen 1879.
8. Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes; Jena 1897.
9. Crome, System des bürgerlichen Rechtes; Tübingen und Leipzig 1900.
10. Denkschrift zum Entwurf eines BGB.; Berlin 1896.
11. Dernburg, Pandekten, 5. Aufl.; Berlin 1896.
12. Endemann, Einführung in das Studium des BGB.; 6. Aufl. Berlin 1899.

13. Engelmann, das alte und das neue bürgerliche Recht; Berlin 1899.
14. Enneccerus-Lehmann, das bürgerliche Recht; Marburg 1898.
15. Fischer, Recht und Rechtschutz; Berlin 1899.
16. Fischer und Henle, Kommentar zum BGB.; 2. Aufl. München 1898.
17. Flechtheim in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes, Folge VI, Heft 1 und 2; Berlin 1900; S. 65 ff.: „Aufhebungsanspruch und Einrede."
18. Friedenthal, Einwendung und Einrede in der ZPO. und im BGB.; Jena 1898.
19. Gaupp, Kommentar zur ZPO.; 4. Aufl. Tübingen und Leipzig 1901.
20. Gierke, deutsches Privatrecht (Binding's Handbuch); Leipzig 1895.
21. Habicht, Einwirkung des BGB.; 3. Aufl. Jena 1901.
22. Hachenburg, das BGB.; Vorträge; 2. Aufl. Mannheim 1899.
23. Hellmann, Vorträge über das BGB.; Freiburg 1897.
24. Heymann, das Vorschützen der Verjährung; Breslau 1895.
25. Hellmolz, Beiträge zur Lehre des Unterschiedes zwischen Klagableugnung und Einrede; Gießen 1849.
26. Hellwig, Anspruch und Klagerecht; Jena 1900.
27. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte; 3. Aufl. Leipzig 1899.
28. Hölder-Schollmeyer, Kommentar zum BGB.; München 1900.

29. Holtzendorf, Rechtslexikon, 3. Aufl. Leipzig 1880.
30. Jakubezky, Bemerkungen zum Entwurf eines BGB.; München 1892.
31. Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis; Mannheim 1888.
32. v. Koschembahr-Lyskowsky, die Theorie der Exzeptionen; Berlin 1893.
33. Kuhlenbeck, von den Pandekten zum BGB.; Berlin 1898.
34. Krückmann, Institutionen des BGB.; 2. Aufl. Göttingen 1899.
35. Leonhard, der allgemeine Teil des BGB.; Berlin 1900.
36. Matthiaß, Lehrbuch des BGB.; Berlin 1899.
37. Motive zum Entwurf eines BGB., Berlin-Leipzig 1888.
38. Mugdan, Gesammelte Materialien zum BGB.; Berlin 1899.
39. Protokolle I.
40. Puchta, Institutionen; 9. Aufl. Leipzig 1881.
41. Puchta, Pandekten.
42. Reatz, Wilke, Koffka; das BGB.; Berlin 1900.
43. Regelsberger, Pandekten, (Bindings Handbuch); Leipzig 1893.
44. Rehbein, das BGB.; Berlin 1899.
45. Reichsgericht, Entscheidungen in Zivilsachen (Bd. 48, Nr. 47).
46. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechtes; Berlin 1841.
47. Scherer, Allgemeiner Teil des BGB.; Erlangen 1897.

48. Schloßmann, die Lehre vom Zwange; Leipzig 1847.
49. Schwalbach (Jher. Jahrbücher für Dogmatik VII), Verhältnis der Einrede zur Klageverjährung; Jena 1880.
50. Staffel, die Wirkung der peremptorischen Einrede nach BGB. (Sächs. Archiv X, Heft 1 und 2).
51. Sohm, Institutionen; Leipzig 1899.
52. Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht; Weimar 1878.
53. Thon, die rechtsverneinende Einrede; (Jher. Jahrbücher für Dogmatik XXVIII).
54. Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozesses, (Binding's Handbuch); Leipzig 1885.
55. v. Wächter, Pandekten, Leipzig 1880.
56. Wendt, Lehrbuch der Pandekten, Jena 1888.
57. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes (in der Bearbeitung von Kipp); 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900, 1901.
58. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft; Leipzig 1879.
59. Zitelmann, Recht des BGB., allgemeiner Teil; Leipzig 1900.

Disposition.

Einleitung: exceptio und Einrede.

Abhandlung: Der Einredebegriff nach BGB. und sein Verhältnis zum Anfechtungsbegriff.

A. Der Einredebegriff.

I. Die Bezeichnung der Einrede im BGB.

II. Die Betrachtung der Einrede als Recht für sich selber;

1. positive Einrederechte;

a) Forderungsrechte;

b) absolute Rechte;

2. rein negative Einrederechte.

III. Betrachtung der Einrede in Bezug auf den Einredegegner;

1. die Einrede als verteidigendes Gegenrecht;

2. die Wirkungen der Einrede;

a) vor;

b) nach ihrer Ausübung;

IV. Endigung der Einrede.

V. Schlußergebnis.

VI. Drei Exkurse.

B. Verhältnis zum Anfechtungsbegriff.

I. Fixierung des Anfechtungsbegriffs nach BGB.

1. Wesen der Anfechtbarkeit;
   a) das anfechtbare;
   b) das angefochtene Rechtsgeschäft;
2. die Anfechtungserklärung;
   a) als Rechtsgeschäft;
   b) die beteiligten Personen.

II. Verhältnis zur Einrede.

1. Anfechtbarkeit und Bestand der Einrede.
2. Anfechtung und Einredeausübung.
3. Anfechtung, Anfechtbarkeit und Einrede in ihren Beziehungen im BGB.

III. das Anfechtungsrecht im Verhältnis zur Einrede.

IV. Schlußergebnis.

Einleitung.

Der Begriff der römischrechtlichen exceptio und der Begriff der modernen Einrede haben miteinander große Ähnlichkeit, ohne sich jedoch völlig zu entsprechen. In einer grundlegenden Beziehung weichen beide Begriffe von einander ab, diese Beziehung liegt in dem Wesen der römischen Formula. Der Prätor, dieses Organ, dessen sich das verkehrsbewegter und reicher werdende römische Leben der letzten zwei Jahrhunderte vor Christi Geb. zur Fortbildung des starren Zivilrechtes bediente, suchte nach einem Mittel, durch welches er, ohne den Bestand der zivilrechtlichen Rechte und Pflichten zu berühren, unbillige Konsequenzen derselben beseitigen konnte. Es war ein Meisterstück ersten Ranges in der römischen Rechtsentwickelung zu stande gekommen, als jenes Mittel gefunden wurde; es war die exceptio.[1] — War die itentio der Formula nach jus civile richtig, so konnte die Jurisdiktion des Prätors sie nicht un-

1) Anders Koschembahr, Theorie der Exzeptionen: „Für die Entstehung der exceptio ist der römischrechtliche Gegensatz von objektivem Recht als solchem und objektivem Recht in seiner Anwendung maßgebend.' Dagegen Heymann, Vorschützen der Verjährung S. 37 Anm. 148.

richtig machen; sie konnte sie aber kraft des imperium durch eine „Ausnahme" entkräften. Diese Ausnahme wurde der condemnatio beigefügt: „Wenn die intentio wahr ist, dann, judex, verurteile den Beklagten, es sei denn, daß die oder die Voraussetzungen gegeben sind". Es war gewissermaßen eine Verwaltungsverfügung, die der Prätor in Ausübung der römischen Justizhoheit dem judex, dem gegenüber sein imperium seit Erlaß der lex Aebutia sich außerordentlich zu steigern begann, zu teil werden ließ. Das jus civile mit seinem herrischen: „ita jus esto" wandte sich an das römische Volk, der prätorische Befehl an den Richter des einzelnen Falles. Dieser Befehl konnte das Zivilrecht nicht abändern — kein Staatsrecht der Welt wäre im stande, etwas derartiges vorzuschreiben — und er mußte daher für jeden einzelnen Fall wiederholt werden. In dieser Wiederholung aber war die Möglichkeit gegeben, den Anforderungen eines gesteigerten Verkehrs das geltende Recht anzupassen. Man nehme folgendes Beispiel: A hat dem B eine res mancipi, z. B. einen zu einem fundus Italicus gehörigen Sklaven verkauft und formlos übergeben; nun bleibt, da die Manzipation ermangelt, das Eigentum bei A. Dieser ist mithin nach jus civile im stande, den Sklaven von B zu vindizieren. Diesem unbilligen Ergebnis tritt der Prätor durch seine exceptio rei venditae et traditae entgegen. Ähnlich liegt es bei der exceptio pacti de non petendo, der umfassenden exceptio doli u. a. m. —

Aber die exceptio hatte noch eine andere Aufgabe. Der Prätor bediente sich ihrer, um ungerechte Konsequenzen seiner eigenen Schöpfungen abzuschneiden, so

bei den intentiones (actiones) in factum conceptae. Da hier die intentio ein lediglich tatsächliches Verhältnis zum Gegenstand hat (z. B. daß Numerius Negidius dem Aulus Agerius eine Sache verpfändet hat,[2] so „wird der unklausulierte Kondemnationsbefehl jedesmal jede Verteidigung des Beklagten (von einem Leugnen jener Tatsache abgesehen) unmöglich machen".[3] Ist also der Anspruch, auf Grund dessen die intentio gegeben ist, untergegangen, z. B. durch Befriedigung, so bleibt die intentio trotzdem wahr. Es bedarf in diesen Fällen einer besonderen Ausnahme, der exceptio solutionis.

Ohne mich näher[4] auf die dritte Bedeutung einzulassen, die der römischen exceptio eigen war, stelle ich nunmehr fest: Die exceptio richtet sich gegen die intentio, ohne ihre Gegnerin zu vernichten; einen Anspruch des Klägers setzt sie begrifflich nicht voraus; denn wie gezeigt worden, kann die intentio ohne Anspruch bestehen; intentio und Anspruch ist nicht dasselbe. Die Einrede des modernen gemeinen Rechtes und, wie unten zu zeigen, auch des BGB., dürfte aber auf Seite des Klägers einen Anspruch voraussetzen; hierin liegt der Unterschied von der exceptio. Aber indem die exceptio

---

2) Ein tatsächliches Verhältnis im Sinne des röm. Zivilrechtes, ein Rechtsverhältnis im Sinne modernen Rechts.

3) Sohm, Institutionen S. 271.

4) Hingewiesen sei hier nur auf die Eigenschaft mancher römischen Gesetze, Rechtssätze zu schaffen, ohne dieselben mit Rechtszwang auszurüsten (z. B. die lex Cincia). War nun, beispielsweise, diesen Gesetzen zuwider eine Verbindlichkeit (z. B. ex donato) eingegangen, so bestand sie zurecht. Der Prätor schuf aber dem „unvollkommenen Gesetz (imperfecta lex)" durch Gewährung einer exceptio praktische Wirkung.

zur intentio sich ähnlich verhält, wie heute Einrede zum Anspruch, sind beide Gebilde verwandt.[5]

Die exceptio als solche, weil mit dem Wesen der formula eng zusammenhängend, ist mit dem Formularprozeß verschwunden. Von ihrem eigentümlichen Wesen ist sie überdauert worden. „Sie hat insofern praktischen Wert behalten, als in dem Begriff der exceptio die eigenartige Beschaffenheit eines durch Einrede geschützten materiellen Rechtes zum Ausdrucke gelangt".[6]

Dort, wo sich im Widerstreite der Rechte dem Rechte des Klägers ein diesem korrespondierendes Recht des Beklagten entgegenstellt, sei es auf Grund positiver Rechtsnorm, sei es auf Grund der Billigkeit, findet auch heute die exceptio in Gestalt der Einrede ihren Platz.

5) Vgl. Schwallbach, Verhältn. d. Einreden zur Klageverjährung (Ther. Jahrbücher VII Heft 1 u. 2) S 26.

6) Gierke, Deutsches Privatrecht S. 327.

Ähnlich Zitelmann, Recht des BGB., I S. 31; Puchta, Institutionen I S. 513, 514; Dernburg, Pand. I S. 323. Vgl. a. Arndts, Pand. S. 174 ff.

A. M. Brinz, Pand. § 107.

Erster Teil.

Der Einredebegriff des BGB.

I.

Die Bezeichnung der Einrede im BGB.

Im BGB. ist die Einrede nirgends als solche definiert. Die einzige Vorschrift des BGB., die sich auf alle Einreden und zugleich nur auf Einreden bezieht, ist die des § 390. Aus ihr läßt sich jedoch wenig gewinnen. Wohl aber gibt es 3 verstreute Bestimmungen, aus denen wir unsere Schlüsse ziehen können. Zum ersten § 771: Das Recht des Bürgen, unter den dort normirten Voraussetzungen die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern, wird Einrede genannt. Zum andern §§ 2014, 2015 und die Rubrik vor ihnen: Das Recht des Erben, auf bestimmte Zeit die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit zu verweigern, wird Einrede genannt. Endlich § 202 Abs. I schreibt vor, daß Rechte, die Leistung vorübergehend zu verweigern, die Verjährung des Anspruches hemmen; Abs. II nimmt eine Reihe von „Einreden" von diesen Wirkungen aus. Außerdem werden im § 202 II die in den §§ 273, 320, 1000 gegebenen Leistungs- (bez. Herausgabe-) verweigerungs-

rechte, Einreden genannt. Es ist kein Grund vorhanden, dem Begriffe der Einrede nicht sämtliche Rechte des BGB., eine Leistung zu verweigern, zu unterstellen; denn wo das Gesetz dieselben Worte gebraucht, darf man denselben Begriff anwenden; so z. B. in den §§ 222, 478, 519, 1990, 2328 u. a. m.; es sind, da die Aufgabe dieser Arbeit nicht die Einreden, sondern die Einrede zum Gegenstande hat, nur wenige Paragraphen genannt.

In den §§ 813, 886, 1169, 1254 wird von Einreden gesprochen, durch welche die Geltendmachung des Anspruches dauernd ausgeschlossen wird, m. a. W., welche dauernd zur Erfüllungsverweigerung berechtigen; auch hier sind Einreden Leistungsverweigerungsrechte. Wie eben schon angedeutet, unterscheidet das Gesetz zwischen „aufschiebenden" Einreden, vorübergehenden Leistungsverweigerungsrechten, und solchen, durch welche die Geltendmachung des Anspruches dauernd ausgeschlossen wird (§§ 202, 2014 f., 813, 886, 1169, 1254). Dies darf hier nicht übergangen werden, weil ich mich später bei Gelegenheit einiger Kontroversen mit diesem Unterschied befassen muß. Er hat für den Begriff der Einrede als solchen wenig Wert, da er im wesentlichen nur die *Dauer* der Wirkung betrifft.

II.

Die Betrachtung der Einrede als Recht für sich selber.

Was ist ein Leistungsverweigerungsrecht? Die Einrede ist zunächst ein *Recht*. Um die Natur dieses Rechtes festzustellen, muß so kurz wie möglich auf die subjektiven Rechte des BGB. im allgemeinen eingegangen

werden. Man kann zwei Hauptarten von Rechten unterscheiden: positive und negative Rechte; positive solche, die zu einem Tun berechtigen, negative solche, die nur zu einem Unterlassen berechtigen. Unter den positiven Rechten sind 3 Gruppen zu unterscheiden. Zunächst sind es die Forderungsrechte, die zu einem Tun berechtigen, nämlich zum Verlangen einer Leistung.[7] Zweitens gehören alle absoluten Rechte zu den positiven, Sachenrechte, Persönlichkeitsrechte. Diese haben gemeinsam, daß sie kraft ihres Wesens zwar keine Ansprüche sind, sich aber, sobald sie verletzt werden,[8] in Ansprüche umwandeln. So ist das Eigentum ein positives Recht (§ 903 BGB.) Es ist kein Anspruch; es setzt sich aber, sobald es verletzt wird, in einen Anspruch um. Alle absoluten Rechte sind verletzbar und können daher Ansprüche werden, d. h. zu dem Verlangen, die Verletzung zu unterlassen, bezw. zu beseitigen berechtigen. Endlich gehören zu den positiven Rechten die in dieser Arbeit sogenannten „positiven Hülfsrechte". Dies sind Rechte, welche zu einem Tun berechtigen, aber weder Ansprüche sind, noch, da sie nicht verletzbar sind, Ansprüche werden können. Über diese Rechte wird im Teil II dieser Arbeit eingehender gesprochen werden[9] Negative Rechte berechtigen nur zu einem Unterlassen. Es leuchtet ein, daß es nur ein Unterlassen giebt, zu dem man berechtigt

7) BGB. § 194.

8) Alle absoluten Rechte sind verletzbar.

9) Hier sei nur erwähnt, daß sie insgesammt nur den Zweck haben, eine Rechtsänderung herbeizuführen, und ihren Träger durch Ausübung des Rechtes in den Stand setzen, die Rechtsänderung zu bewirken; solche Rechte geben z. B. die §§ 119 ff., 178, 262 1942 BGB.

sein kann, und daß dies die Verweigerung einer Leistung ist. Es kann zwar in meinem Belieben stehen, eine bestimmte Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen (so kann z. B. der Eigentümer seine Sache veräußern; er kann dies aber auch unterlassen). Es wäre jedoch unzutreffend, hier von einem Unterlassungsrechte zu reden. Nur in dem einen Falle, wo es sich um die von einem andern geforderte Leistung handelt, kann ein Recht im juristischen Sinne bestehen, die Bewirkung dieser Leistung zu unterlassen. Auf Grund dieser Feststellungen ist nun folgendes auszuführen. Das Unterlassungsrecht, das negative Recht des BGB. ist die Einrede. Es wird aber gezeigt werden, daß, wenn es auch keine anderen negativen Recht giebt als Leistungsverweigerungsrechte, der Kreis der letzteren doch über den Kreis der negativen Rechte hinausgeht. Denn die oben erläuterten beiden ersten Gruppen der positiven Rechte, die Forderungsrechte und die absoluten Rechte, können sich ebenfalls als Einreden darstellen. Es wird die Behauptung aufgestellt und begründet, daß in jedem Anspruch eine Einrede liegt. Das Gesetz kommt uns in seinen §§ 478, 821, 853 zu Hülfe: Der Träger eines Anspruches auf Aufhebung einer Verbindlichkeit kann die Erfüllung der Verbindlichkeit auch dann verweigern, wenn der Anspruch verjährt ist. Es wird also als selbstverständlich vorausgesetzt, daß der Anspruch, solange er wirksam besteht, auch als Einrede fungieren kann. Die Einrede ist hier der Anspruch, dasselbe Recht, welches zum Angriff berechtigt, berechtigt seinen Träger unter Umständen auch zur Verteidigung. — Auch bei anderen Ansprüchen läßt sich meine Behauptung nicht bestreiten. Nehme man folgendes Beispiel:

A hat von B ein Pferd gekauft; nachdem es ihm übergeben ist, stellt sich heraus, das B zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages zwar geschäftsfähig, zur Zeit der Übergabe aber geschäftsunfähig war. Der Kaufvertrag ist daher gültig, der dingliche, abstrakte Eigentumsübertragungsvertrag (§ 929) nach § 105 nichtig. Würde nun etwa der gesetzliche Vertreter des B dessen Eigentum im Wege der Klage gegen A geltend machen, so könnte A zweifellos mit Erfolg sein Recht aus § 433 Abs. I dadurch geltend machen, daß er die Herausgabe verweigert, gleichwie er seinerseits nach § 433 Abs. I i. V. mit § 929 Satz 2 Eigentumsübertragung verlangen könnte.

Hierher gehört auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320); das Recht auf die Leistung wird als Einrede geltend gemacht.[10] In allen diesen Fällen stützt sich die Einrede etwa als besonderes Recht, nicht auf den Anspruch, sondern sie ist dieser selbst. Als Analogie sei der Satz des römischen Rechtes angeführt: qui habet actionem, habet etiam exceptionem.[11]

Außer den Rechten, die ihrer Natur nach Ansprüche sind, also den Forderungsrechten, muß in demselben Sinne über die Rechte gesprochen werden, die ihrer Natur nach keine Ansprüche sind, solche aber im Falle ihrer Verletzung werden können, nämlich die absoluten Rechte. Diese, die an und für sich zu einem Tun

10) Vgl. auch § 363.

11) Vgl. Thon, Rechtsnorm, S. 266 ff.: Anspruch als Einrede; Flechtheim in Gruchot's Beiträgen, VI. Folge (1900) Heft 1 u. 2: Aufhebungsanspruch und Einrede; Planck, Kommentar II, Erläut. zu § 780 unter 2.

berechtigen, können gleichfalls unter Umständen zu einem Unterlassen — zu der Verweigerung einer Leistung — berechtigen. So steht es beispielsweise mit dem Nießbrauche, dem Pfandrechte, dem Eigentumsanspruche gegenüber.[12] Auch familienrechtliche Rechte können sich als Einreden darstellen; so z. B. die dem Eigentumsanspruche entgegenstehende eheherrliche und elterliche Nutznießung.[13]

Die Rechte der dritten Gruppe der positiven Rechte, die „positiven Hülfsrechte" können nie Einreden sein. Dies hängt damit zusammen, daß die Ausübung der positiven Hülfsrechte sich immer als Rechtsgeschäft qualifiziert,[14] die Ausübung der Einrede dagegen, wie später erhellen wird, unter keinen Umständen ein Rechtsgeschäft sein kann.

Nun giebt es eine große Zahl von negativen Rechten im BGB., das heißt von Einreden, welche nur als solche denkbar sind und sich in keiner Rechtslage als positive Rechte darstellen können und *nur fähig* sind, zur Leistungsverweigerung zu berechtigen. Diese Einreden gründen sich entweder auf andere positive Rechte, sodaß

---

12) Vgl. unten S. 36 ff.

13) Vgl. Cosack, Bürgerl. Recht I S. 280; Dernburg, Pand. I S. 322 nennt die bisher charakterisirten Einreden „positive Rechte". Im Widerspruch mit meinen Ausführungen will Bekker, Pand. I S. 89, 90 die Einrederechte auf die in dieser Arbeit S. 21 ff. abgehandelten beschränkt wissen. Ähnl. Endemann, Bürgerl. Recht I S. 388 Anm. 7; Crome, System I S. 189; Friedenthal, Einrede ꝛc. S. 57, 58.

14) Man kann jedes positive Hülfsrecht nehmen, welches man nur will. Das Wahlrecht des BGB. (§ 262), das Zustimmungsrecht, das Recht eine Erbschaft auszuschlagen u. a. m., immer stellt sich die Ausübung als Rechtsgeschäft dar. Ebenso das im Teil II der Arbeit zu besprechende Anfechtungsrecht.

sie mit diesen stehen und fallen, oder sie sind vom Gesetze auf Grund von tatsächlichen Verhältnissen gegeben.[15] Als häufigste Einrede der ersteren Art sei das Zurückbehaltungsrecht (§§ 273, 1000) angeführt. Dies ist ein negatives Recht, von der fälligen, konnexen Gegenforderung oder dem Verwendungsanspruch seines Trägers zwar verschieden, aber abhängig.[16] Gleichfalls an dieser Stelle ist die Einrede des Pflichtteilsberechtigten nach § 2328 zu nennen. Aus dem positiven Rechte eines anderen als des Einredeträgers gehen die Einreden des Bürgen nach § 770 hervor.

Viel häufiger sind die Fälle, in denen Einreden auf Grund von Tatsachen gegeben sind Hierhin gehört die wichtige Verjährungseinrede (§ 222), ferner z. B. die §§ 519, 526, 660, die Einrede der beschränkten Haftung des Erben, die Abzugseinrede (§ 1990) u. a. m.

III.

Die Betrachtung der Einrede in Bezug auf den Einredegegner.

1. Die Einrede als Verteidigungsrecht.

Im vorigen Abschnitte ist festgestellt, daß die Einrede ein positives, auch zum Angriff geeignetes Recht als auch ein negatives Recht sein kann, welches *nur* zur Verweigerung einer Leistung berechtigen kann. Diese Betrachtung der Einrede für sich selbst hatte gezeigt, daß die Einreden als Rechte nicht unter einen Typus

15) Vgl. Windscheid, Pand. I S 180.
16) Vgl. Windscheid, Pand. III S. 137, 142.

zu bringen sind, daß sie oft vielmehr nur Erscheinungsformen anderer Rechte sind, dann wieder als einzige Erscheinungsform (negative Rechte) Rechte eigener Art darstellen. In folgenden ist das Einrederecht nach außen, in Bezug auf seine Stellung und Wirkung in der Welt der sie umgebenden Rechtsverhältnisse zu betrachten.[17]

Die Einrede ist das Leistungsverweigerungsrecht des BGB. Es handelt sich stets um eine Leistung. Diese Leistung muß geschuldet werden; denn es wäre absurd, wenn das Gesetz demjenigen gestattete, eine Leistung zu verweigern, der eine solche garnicht schuldet.[18] Der Einredeträger ist Schuldner, ist also Gegner eines Anspruches (§ 194). So setzt die Einrede als „Gegenrecht" begrifflich einen ihr entgegenstehenden Anspruch voraus, gegen dessen Angriff zu verteidigen ihre Aufgabe ist. Auch in den Fällen, in denen das Einrederecht positiv (z. B. selbst ein Anspruch) ist, hat es als solches nur die Aufgabe, den an sich berechtigten Angriff des Einredegegners abzuwehren; die Einrede ist hier die verteidigende Funktion des positiven Rechtes. Hierin liegt der Unterschied der Einrede von der rechtsverneinenden Einwendung. Diese negiert jeden gegnerischen Anspruch (Einwendung der Zahlung z. B.), die Einrede setzt ihn voraus. Ergiebt sich also im Prozeß aus dem einseitigen Vorbringen des Klägers, daß Beklagtem eine rechtsverneinende Einwendung zustehe, so hat der Richter

17) Für das folgende ist zu vergleichen: Cosack, Bürgerl. Recht I S. 280; Regelsberger, Pand. I S. 683; Windscheid, Pand. I S. 173; Kipp-Windscheid I S. 183; Hellmann, Vorträge S. 199; Dernburg, Pand. I S. 321, 322; Planck, Kommentar zum BGB. I S. 49; Brinz, Pand. I § 107; Wendt, Pand. I S. 261.

18) Vgl. Friedenthal, Einrede ꝛc. S. 42, 57.

die Klage abzuweisen, es könnte auch kein Versäumnisurteil gegen den Beklagten ergehen (ZPO. § 331). Die Einrede muß als Gegenrecht, wie alle Rechte des Privatrechtes, von ihrem Träger vorgebracht werden, um berücksichtigt zu werden. v. Helmolt[19] sieht in der Einrede einen Wiederaufhebungsgrund eines privatrechtlichen Anspruches. Diese Behauptung dürfte, so wenig wie für das BGB., für das gemeine Recht zutreffen.[20] Anderer Ansicht ist Wendt:[21] „um das Wesen der Einrede zu beurteilen, stelle man sich nicht auf den Standpunkt des Einredegegners, sondern auf den des Einredeträgers; von hier aus könne man den gegnerischen Anspruch gar nicht leugnen". Das ist richtig. Es mögen einige Stellen des Gesetzes herangezogen werden. Nach § 222 kann nach Vollendung der Verjährung der „Verpflichtete" die Leistung verweigern. Wenn das Gesetz von einer Verpflichtung spricht, wird eine solche auch vorliegen. Im Gegensatze zu § 222 ist zu vergleichen § 762. Von einer Verpflichtung, ev. verbunden mit Verweigerungsrecht spricht auch § 258. Durch das Schenkungsversprechen wird doch gewiß eine Verpflichtung erzeugt; unter den Voraussetzungen des § 519 besteht trotz dieser Verpflichtung ein Leistungsverweigerungsrecht. Am deutlichsten kommt das Bestehen eines Anspruches zu Tage im Falle des § 320. Würde diese Einrede den gegnerischen Anspruch ausschließen, so würden damit alle gegenseitigen Verträge zu Real-

19) Beitrag zur Lehre d. Unterschiedes zwischen zwischen Klageableugnung und Einrede S. 12.

20) Ähnlich wie Helmolt: Brinz, Pand. § 107.

21) Wendt, Pand. S. 261.

verträgen werden, was zweifellos der Auffassung des BGB. widerspricht. — Es würde zu weit führen, alle Paragraphen einzeln durchzugehen; überall ist dieselbe Konstruktion. Ich habe dauernde und aufschiebende Einreden[22] nebeneinander aufgeführt, um zu zeigen, daß auch bei den ersteren nicht anders zu entscheiden ist.[23]

So ist also die Einrede ein Gegenrecht, welches verteidigungsweise einem angreifenden Rechte, einem Anspruche, gegenübersteht. Daraus ergibt sich, daß sie erst ausgeübt werden kann, wenn der Einredegegner angreift. Damit dürfte auch die Streitfrage — was die in dieser Arbeit vertretene Auffassung anlangt — entschieden sein, ob die Einrede nur im Prozeß oder auch außerhalb desselben geltend gemacht werden kann.[24] An sich hat Crome[25] Recht, wenn er sagt: „Ebensowenig wie der Anspruch setze die Einrede das Vorhandensein eines Prozesses voraus". Aber man muß unterscheiden zwischen Anspruch und Einrede einerseits und ihrer Ausübung andererseits Das Recht an sich kann selbstredend existieren ohne die Möglichkeit seiner Ausübung. Was nun die Ausübung des Anspruches anlangt, so kann sie — falls die Erfüllung des Anspruches verweigert wird, das ist ja hier Voraussetzung — die wenigen Fälle der Selbsthülfe ausgenommen, nur auf gerichtlichem Wege, im Prozesse, erfolgen.[26] Da nun die Einrede auf den Angriff des

22) Vgl. unten S. 31, 32.

23) Vgl. dazu die §§ in denen ein Anspruch verneint werden soll: so §§ 861, 862 485. Vgl. auch Hellmann, Vortr. S. 199, 200.

24) Vgl Motive I S. 360.

25) System I S. 183 f.

26) Außergerichtlich kann der Anspruch nur benutzt werden, wie beispielsweise durch Aufrechnung.

Gegners warten muß, so kommt es zu ihrer Ausübung auch erst im Prozeß. Zu demselben Resultat kommt Friedenthal.[27] Eine außerhalb des Prozesses vorgeschützte Einrede muß daher, um berücksichtigt zu werden, im Prozesse noch einmal ausgeübt werden. Nur soweit der Anspruch außergerichtlich verwirklicht werden darf und kann (§ 229 BGB.), kann das außergerichtliche „Vorschützen" der Einrede zugleich eine Ausübung derselben bedeuten.[28]

2. Die Wirkungen der Einrede.

a) Vor ihrer Ausübung.

Während im letzten Abschnitt die Einrede als verteidigendes Gegenrecht charakterisirt worden ist, sind im folgenden Abschnitt die Wirkungen der Einrede darzulegen, und zwar wird mit Zitelmann[29] zwischen den Wirkungen des Bestehens der Einreden an sich und den bei und nach ihrer Ausübung unterschieden.

Es wäre undenkbar anzunehmen, die Einrede benötige zwar für ihr Entstehen einen gegnerischen Anspruch,[30] vernichte ihn aber kraft ihres Bestehens. Für das gemeine Recht ist dies vielfach angenommen worden, so von Thon.[31] Das Wesen der gemeinrechtlichen Einrede steht mit seinen Ausführungen kaum im Einklange.

---

27) Einwendung und Einrede S. 66.

28) Vgl. Hellmann, Vorträge S. 201.

29) Recht des BGB. I S. 30, 31.

30) Siehe oben S. 21 ff.

31) In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik XXVIII S. 62: „selbst die aufschiebende Einrede ist rechtsverneinender Natur." S 63 ist Thon selbst genöthigt, seine Behauptungen stark zu modifizieren.

Aus dem BGB. heraus kommt man m. E. zum gegenteiligen Resultate. Wenn im BGB. von Wirkungen der Einrede als solcher die Rede ist, so sind diese stets genau umschrieben, nirgends ist von einer Vernichtung des Anspruches die Rede. Für die aufschiebenden Einreden kommt vor allem § 202 in Betracht: ist mit ihnen ein Anspruch behaftet, so ist seine Verjährung gehemmt; das gilt zunächst von der Einrede der Stundung;[32] dann für alle übrigen aufschiebenden Einreden, mit Ausnahme derer, die § 202 II aufzählt. Die im § 202 II ausgenommenen Einreden nehmen deshalb an jener Wirkung nicht teil, weil „sie nicht auf einer Vorschrift beruhen, die dem Schuldner einen Aufschub der Leistung zu gewähren bezweckt,“[33] vielmehr auf einer Vorschrift, die den Gläubiger seinerseits zum Vorgehen nötigen will. Für die dauernden Einreden gelten die §§ 813, 886, 1169, 1254; in den §§ 813, 1169, 1254 ist die auf Grund von § 222 statthafte Einrede ausgenommen. Die Vorschriften der angezogenen Paragraphen sind von dem Gesichtspunkt aus gegeben, daß ein mit dauernder Einrede behafteter Anspruch nicht rechtlich nichtig — dann wären sie überflüssig —, wohl aber wirtschaftlich wertlos erscheint.[34] Es wird deshalb denjenigen, welche von einer Vormerkung, einer Hypothek oder einem Pfandrecht, die zur Sicherung eines mit dauernder Einrede behafteten Anspruches[35] bestehen, beschwert sind, das Recht gegeben, Beseitigung, bezw.

32) S. unten S. 39, 40.
33) Planck, Kommentar I S. 253.
34) Vgl. Motive I S. 359.
35) Ausgenommen § 222 BGB.

Rückgabe zu verlangen. Es ist augenscheinlich, daß das Gesetz nur die wirtschaftliche Wertminderung sowie den Zweck, den Schuldner von der Leistung zu befreien, im Auge hat. Ein Bestreiten dieser Ausführungen auf Grund von § 813 würde verfehlt sein: „wer einen Anspruch, dessen Geltendmachung eine dauernde Einrede entgegensteht, in Unkenntnis der Einrede erfüllt, kann das zum Zwecke der Erfüllung geleistete zurückfordern". Hier ist geradezu gesagt: „Obgleich" der Anspruch noch *besteht*, kann doch zurückgefordert werden.[36] Sollte man trotzdem an der anspruchsvernichtenden Natur der Einrede festhalten, so müßte man zu folgender schwierigen Konstruktion greifen: Die Wiedergeburt des durch Einrede vernichteten Anspruchs ist an die aufschiebende gesetzliche negative Potestativbedingung der Nichtausübung der Einrede in einem etwaigen Prozeß geknüpft! oder man müßte Berücksichtigung der Einrede von amtswegen verlangen, ev. — je nach der Auffassung — wenigstens der dauernden.

Wirkungen *aller* Einreden statuiert § 390. Ein Anspruch, dem eine Einrede entgegensteht, kann mit einer Maßgabe für die Verjährungseinrede nicht aufgerechnet werden. Ferner kann, solange eine Einrede besteht, von keinem Verzug und keinem Verfall einer etwaigen Ver-

---

36) Thon, Rechtsnorm u. subjektives Recht, S. 263 ist auch hier anderer Ansicht: „Ein Anspruch, dem eine Einrede entgegensteht, ist kein Anspruch mehr; er wird durch das Bestehen der Einrede vernichtet." S 265: „Die dilatorische Einrede hebt den gegnerischen Anspruch auf, nicht aber die Haftung des Pflichtigen!" Nach meiner Ansicht ist hier auszuführen, daß, wenn eine Haftung eines Pflichtigen besteht, auch ein Anspruch eines Berechtigten existent sein muß.

tragsstrafe zu Ungunsten des Schuldners die Rede sein.[37] So sind denn die Wirkungen, welche die Einrede kraft ihres Bestehens ausübt, durch das Gesetz genau umschrieben.

b) Wirkungen der Einrede bei und nach ihrer Ausübung.[38]

Auch wenn, was nicht in allen Fällen zutrifft, Rechte kraft ihres Bestehens Wirkungen äußern, so tritt doch die eigentliche Bedeutung der Rechte erst an den Tag, wenn sie ausgeübt werden, so auch die Einrede. Hölder[38a] giebt eine sehr glatte Lösung der Frage nach der Wirkung der Einrede bei ihrer Ausübung. Er sagt: „die Einrede habe, wenn geltend gemacht, die Wirkung einer Anfechtung; sie schlösse nicht nur die Geltendmachung des Anspruches, sondern auch diesen selbst aus. Die Leistung sei geschuldet als eine vom Verpflichteten nicht verweigerte, dagegen nicht nicht geschuldet als eine vom Verpflichteten verweigerte". Dieser Ansicht mich anzuschließen, bin ich nicht im Stande, zumal nicht bei den aufschiebenden Einreden, denen Hölder gleichfalls jene Wirkung zuerkennt. Sollte die Einrede diese Wirkung haben, so treffen zunächst die von mir[39]

37) Nicht direkt im Gesetze bestimmt, aber aus den einschlägigen Vorschriften zu folgern; vgl. Zitelmann, a. a. O. S. 30, 31.

38) Vgl. Zitelmann, a. a. O. S. 30; Kipp-Windscheid I S. 182, 183; Gaupp, ZPO. S. 714; Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis § 18; Staffel, Wirkungen peremptorischer Einreden nach BGB. S. 665 ff; Planck, Kommentar I S. 49; Friedenthal, Einwendung S. 54 ff., 67 ff; Hölder-Schollmeyer, Kommentar z. BGB. S. 406, 407;

38a) a. a. O. Vgl. Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 10 ff. 18. Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 109.

39) Oben S. 24, 25.

angeführten Gründe, weswegen die Einrede nur im Prozeß ausgeübt werden kann, nicht zu. Denn wenn die Geltendmachung der Einrede rechtsändernder (rechtsvernichtender) Natur ist, so dürfte nicht erfindlich sein, warum sie die Rechtsänderung nicht auch außergerichtlich herbeiführen könne, wie etwa die Anfechtung oder die Aufrechnung. Derartige Rechtsaufhebungsgründe treten im BGB. grundsätzlich außerhalb des Prozesses ein, nur in ganz bestimmten Fällen bedarf es eines solchen.[40] Vom Standpunkte Hölders aus bliebe die Einrede zwar ein Gegenrecht, verlöre aber ihre lediglich gegen den Anspruch verteidigende Natur, indem sie denselben zu vernichten geeignet wäre. Es müßte im Gesetze besonders gesagt sein, wenn derartige Wirkungen nur im Prozeß eintreten könnten. Und weiter! Geht man von der Annahme aus, die Einredeausübung vernichte den gegnerischen Anspruch, so wäre nicht abzusehen, warum die Einrede auch außergerichtlich auf das Vorgehen des gegnerischen Anspruches warten soll. Wie oben[41] gezeigt, kann dieser außergerichtlich garnicht wirksam geltend gemacht werden. Soll also der Schuldner, der berechtigterweise seine Leistung verweigern will, erst warten, bis der Gläubiger ihn mahnt oder sich auf andere Weise bemerkbar macht, um dann durch seine Leistungsverweigerung den Anspruch zu beseitigen? Da wäre es doch viel einfacher und m. E. das gegebene, der Schuldner könne die Initiative ergreifen. Eine Einrede, die teils defensiv den Angriff des Gegners erwartet, teils, wenn nämlich der Angriff erfolgt, offensiv

40) BGB. § 1341 I; Friedenthal, Einwend. S. 67.
41) S. 24, 25.

vorgeht und sich nicht mit Zurückweisung des Angriffes begnügt, ist sowohl logisch als spezifisch juristisch ein Unding; zu einer derartigen Konstruktion fehlt jede Begründung. Pflichtet man dem Ausgeführten bei, so wird die Einrede zu einer Anfechtung ex nunc. Nun ist zunächst bei den aufschiebenden Einreden, bei denen der Anspruch doch wieder aufleben soll, eine Konstruktion sich diese Widergeburt zu erklären, sehr umständlich. Für alle Einreden aber gilt folgendes: wie kommt die Einrede zu dieser Wirkung, die weit über die des Anspruches hinausgeht? In dem in dieser Arbeit[42] betrachteten Beispiel wäre der als Einrede geltend gemachte Anspruch im stande, das Eigentum sofort auf den Käufer zu ziehen durch Vernichtung des gegnerischen Eigentumsanspruches und damit des gegnerischen Eigentumes; die Kaufklage hätte diese Wirkung erst mit der Rechtskraft des ihr Erfolg gebenden Urteils! Warum weiter, werden in den §§ 478, 821, 853 Ansprüche auf Aufhebung einer Verbindlichkeit neben einer Einrede gegen dieselbe Verbindlichkeit gegeben? Jene §§ wären unverständlich, denn der Aufhebungsanspruch wäre überflüssig, wenn die Ausübung der Einrede die Verbindlichkeit aufheben würde. M. E. hemmt die Ausübung der Einrede nur die Geltendmachung des gegnerischen Anspruches, läßt diesen selbst intakt. Meine Gründe, die teils in der abwehrenden Natur eines als Einrede ausgeübten Rechtes liegen, teils sich auf §§ 478, 821, 853 stützen, sind genannt.[43]

42) Oben S. 19.

43) Planck a. a. O., Kipp a. a. O., Zitelmann a. a. O., Matthiaß a. a. O., Friedenthal a. a O., Krückmann, Institutionen d. BGB. S. 562 sind derselben Ansicht Auch Hellmann Vorträge S. 201 u. Leohnhardt, BGB. allg. Theil. S. 224 äußern sich gleichfalls gegen Hölders und Hellwigs Theorie.

Wie steht es nun mit dem auf Grund der ausgeübten Einrede ergehenden Urteils? Bei aufschiebenden Einreden, d. h. bei solchen, welche kraft ihres Wesens den gegnerischen Anspruch nur für eine bestimmte Zeit hemmen, kann das Urteil lauten:

1) auf Abweisung der Klage zur Zeit (nur in den Fällen der §§ 257—259 ZPO. auf künftige Leistung.)[44]

2) In den Fällen der §§ 273, 320, 1000 BGB. auf Verurteilung zur Leistung nach Empfang der Gegenleistung.

3) Durch die Geltendmachung der dem Erben nach den §§ 2014, 2015 BGB. zustehenden Einreden wird eine unter dem Vorbehalte der beschränkten Haftung ergehende Verurteilung des Erben nicht ausgeschlossen. Das Gleiche gilt für die Geltendmachung der Einreden, die im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft dem überlebenden Ehegatten nach §§ 1489 II, 2014, 2015 BGB. zustehen.[45]

In den Fällen unter Nr. 1 liegt rechtskräftige Abweisung des Anspruches, wenn auch nur zur Zeit, vor; die Beweislast dreht sich um: Erhebt der Gläubiger von neuem Klage, so hat er den Fortfall der Einrede zu beweisen.

Wird eine dauernde Einrede, d. h. eine kraft ihres Wesens den Anspruch für immer hemmende Einrede ausgeübt, so erfolgt:

1) in den Fällen der §§ 1975, 1990 (ZPO. § 780) Verurteilung unter Vorbehalt der beschränkten Haftung,

2) in allen übrigen Fällen Abweisung für immer.

---

44) Anders Zitelmann a. a. O. S. 30.

45) ZPO. § 305.

Unter allen Umständen bleibt auch jetzt noch der Anspruch selbst bestehen. M. E. hat Gaupp[46] Recht mit seiner Behauptung: „daß die materielle Rechtskraft als Institut des Prozeßrechtes nur innerhalb des Prozesses wirkt und keine Beziehungen zum materiellen Rechte aufweisend, den etwa abgewiesenen Anspruch nicht beseitigt".[47] Das Urteil ist weder derogierende Spezialrechtsnorm ad hoc noch eine Art Enteignungsentscheidung oder dergleichen. Es verhindert logisch nur die erneute Geltendmachung des Anspruches. Aber auch, wenn man mit Kohler[48] annimmt, daß das rechtskräftige Endurteil ein zwiles Recht schafft, bezw. aufhebt, kommt man zu keinem anderen Resultat, denn das auf Grund der Einrede ergehende Urteil weist den Anspruch nur als einen mit Einrede behafteten ab, läßt ihn mithin als solchen bestehen.[49] Auch nach ergangenem Urteil kann die Einrede fortfallen, z. B. durch Verzicht, und der Anspruch erfüllt werden. Das zum Zweck der Erfüllung Geleistete könnte nicht zurückgefordert werden, desgl. die Aufhebung einer erfüllungshalber eingegangenen Verbindlichkeit nicht verlangt werden; auch wenn diese formlos eingegangen ist, dürfte sie, da sie keine Schenkung ist, zu Recht bestehen. So wird denn der Anspruch allerdings fortbestehen „in alle Ewigkeit", als ohnmächtiges und wirkungsloses Recht. Wenn Friedenthal[50] sagt: in diesem Falle bliebe auch nach dem abweisenden Urteile alles beim alten, so dürfte diese

46) A. a. O. S. 714.
47) Vgl. Mot. I S. 373 (exc. rei judicatae).
48) Prozeß als Rechtsverhältniß § 18.
49) Vgl. Fischer, BGB. Anm. 6 zu § 202
50 A. a. O. S. 69.

Behauptung in Anbetracht der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht ganz zutreffen. In vielen Fällen wird sich der entkräftete Anspruch dadurch erledigen, daß außer der Einrede ein Aufhebungsanspruch gegeben ist.

IV.

Einredeendigung.

Unter Endigung der Einrede wird zweierlei begriffen; einmal die Beendigung der Wirkung, die Entkräftung der Einrede; zum andern das Erlöschen der Einrede selbst.

Wie nach gemeinem Rechte, so können auch nach BGB. den Einreden Gegeneinreden gegenüberstehen (exceptio — replicatio). So kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrages durch die Gemeinrede der Stundung entkräftet werden. Ein Erlöschen tritt nicht ein; es ist hier ein analoges Verhältnis wie das oben[51] dargelegte zwischen Anspruch und Einrede. Gegen die Repliken sind begrifflich Dupliken denkbar u. s. w. Kann die Replik der Verjährung der Einrede entgegenstehen? Endemann[52] verneint diese Frage auf Grund von § 194 BGB. Von meiner oben[53] entwickelten Anschauung aus, daß auch Ansprüche als Gegenrechte Einreden sein können, erscheint Endemanns Behauptung nicht richtig. Jene Frage ist vielmehr zu bejahen, soweit die Einrede die verteidigende Funktion eines Anspruches darstellt. Mit der Verjährung des Anspruches (§ 194) verjährt auch die Einrede. Wo letztere nicht verjähren soll,

51) S. 21 ff.

52) Bürgerl. Recht. I S. 185 Anm. 7.

53) S. 18 ff.

statuiert das Gesetz besondere Ausnahmen.[54] Ähnlich Cosack.[55] Die aufgeworfene Frage ist zu verneinen, soweit die Einreden keine Ansprüche, also entweder sonstige positive Rechte (Nießbrauch, Pfandrecht) oder lediglich Verteidigungsrechte sind (Einrede der Vorausklage u. s. w.). Hängt die Einrede von einem Anspruch des Einredeträgers ab, wie das Zurückbehaltungsrecht, so verjährt sie nicht; eine Replik der Verjährung des Anspruches dürfte nicht zulässig sein.

Im folgenden ist Antwort auf die Frage zu geben, wann, resp. unter welchen Voraussetzungen die Einrede erlischt. Jede Einrede erlischt

durch Verzicht; wie grundsätzlich auf alle Rechte des BGB., so kann auch auf die Einrede verzichtet werden. Der Verzicht erfolgt durch Vertrag; in einigen Fällen[56] durch einseitiges Rechtsgeschäft. Auch noch nach dem auf Grund der Ausübung einer dauernden Einrede ergangenem Urteil (das die Klage abweist) kann m. E. auf die Einrede verzichtet werden. In diesem Falle besteht der Anspruch in voller Wirksamkeit.[57] Durch die Verzichtbarkeit unterscheiden sich die Einreden von den rechtsverneinenden Einwendungen;[58] sollen diese beseitigt werden, so ist Neubegründung des Schuldverhältnisses erforderlich, welche oft einer Form bedarf.[59]

---

54) So §§ 478, 821, 853.
55) Bürgerl. Recht I S. 255.
56) §§ 1064, 1255 BGB. u. a. m.
57) Vgl. oben S. 32, 33.
58) Vgl. oben S. 22, 23.
59) Vgl. Gradenwitz, Ungültigkeit S. 261.

Die Einreden können ferner erlöschen durch Fortfall ihrer Voraussetzungen; so die Einreden des Bürgen nach § 770, wenn der Gläubiger nicht mehr aufrechnen oder der Hauptschuldner nicht mehr anfechten kann; die Zurückbehaltungseinrede, wenn der Verwendungsanspruch untergeht; die exceptio rei venditae et traditae, wenn der Kaufvertrag, z. B. durch Anfechtung, hinfällig wird u. s. w.

Es gibt auch Erlöschungsgründe, die nur bestimmten Gruppen von Einreden eignen. Manche Einreden gehen nur gegen eine bestimmte Person (exceptiones in personam); so die Einrede aus dem Leihvertrage. Diese Einreden erlöschen, wenn an Stelle des Einredegegners ein anderer tritt.[60] Die meisten Einreden wirken gegen alle.[60a] Andere Einreden stehen nur einer bestimmten Person zu (exceptiones personae cohaerentes).[61] Sie gehen zwar auf den Gesamtnachfolger, nicht aber auf den Sondernachfolger über. Beispiel: die Kompetenzeinrede des Schenkers nach § 519. Die Einrede des Nießbrauches steht auch nicht einmal dem Gesamtnachfolger zu.[62] Solche, an der Person haftenden Einreden können auch vertragsmäßig begründet werden.[61] Weitaus die meisten Einreden sind an das Rechtsverhältnis, nicht an die Person gebunden.

V.

Schlußergebnis.

Aus der Darstellung ist zu ersehen, daß die Einreden des BGB. nicht alle einander gleich sind; daß eine

60) Unter dem andern wird hier der Sondernachfolger, nicht der Gesamtnachfolger verstanden (Erbe).
60a) Vgl. §§ 404, 571 ff., 581 II, 986 II BGB.
61) Vgl. Hellmann, Vorträge I S. 205.
62 §§ 1059, 1061 BGB

Gruppe von der andern sich vielmehr in manchen Begriffsmomenten unterscheidet. Trotzdem sind allen Einreden gewisse charakteristische Hauptzüge gemeinsam, die ich als Schlußdefinition der Einrede kurz zusammenfasse:

Alle Einreden sind Leistungsverweigerungsrechte, mithin nur im Prozeß geltend zu machende Rechte, welche ihren Träger — einen Schuldner — zur Verteidigung dienen, indem sie ihn in den Stand setzen, die Erfüllung des ihm entgegenstehenden Anspruches zu verweigern.

„Exceptio ist das dem klägerischen Anspruch entgegenstehende Recht des Beklagten, welches jenen, auch wenn er ipso jure besteht (und also nicht zu negieren ist), ganz oder teilweise unwirksam macht".[63]

Drei Exkurse.

Die Abhandlung über den Einredebegriff ist abgeschlossen. Des Interesses wegen erlaube ich mir jedoch, im Anschluß an den ersten Teil drei Fragen zu behandeln, zu deren Behandlung an dieser Stelle Gelegenheit ist.

1. Sind die im § 986 BGB. normierten Gegenrechte des Besitzers Einreden?

Dies wird von verschiedener Seite verneint[64], von anderer Seite bejaht.[65] Crome führt aus, die im

63) Eine treffende Definition von Puchta, Pand. S. 144.

64) So Crome, System I S. 189; Friedenthal Einwendung u. s. w. S. 42—45, 57.

65) So Planck, Komm. I S. 49; Cosack, BR. I S. 260, Zitelmann, Recht des BGB. I S. 31, 32, Enneccerus-Lehmann, Bürg. Recht I, S. 291.

§ 986 bezeichneten Rechte des Besitzers setzten sich aus absoluten Rechten und Forderungsrechten zusammen, als besonderes Recht entfalle die Einrede diesen Rechten. „Bei der Einrede komme es nicht auf die zufällige Art des Vorschützens, sondern auf den eigenartigen Charakter des Rechtes an". In dieser Arbeit ist oben[66] das Gegenteil zu zeigen versucht worden: Friedenthal ist der Ansicht, das Recht des Besitzers einer Sache aus Miete, Pacht, Nießbrauch u. s. w. schlösse den Eigentumsanspruch aus, und kommt auf diesem Wege folgerichtig dazu, jenen Rechten die Einredeeigenschaft zu versagen.[67] M. E. entsteht der Anspruch aus einem dinglichen Rechte in dem Augenblicke, in welchem die tatsächlichen Verhältnisse mit dem betreffenden Rechte als solchem nicht in Einklang stehen. Das Eigentum verlangt den Besitz, ihm ist nicht genügt, sobald es mit dem unmittelbaren Besitz auseinanderfällt. Es entsteht ein Eigentumsanspruch auf Übertragung des unmittelbaren Besitzes. Die Verletzung des Eigentums durch Entziehung des unmittelbaren Besitzes kann jedoch unter Umständen eine rechtmäßige sein; dies ist der Fall des § 986. Unter diesen Voraussetzungen ist der Eigentumsanspruch gehemmt durch eine Einrede des Besitzers, Miete, Pacht oder dergl. Der Wortlaut des Gesetzes entspricht dieser Auffassung: § 985 der Eigentümer kann Herausgabe verlangen; § 986 der Besitzer kann die Herausgabe verweigern, wenn u. s. w. Die gegnerische Ansicht führt nun aber § 903 ins Feld und läßt sich infolgender Weise aus: der angezogene Paragraph, speziell seine Worte „soweit nicht Rechte

66) S. 17 ff

67) Ähnlich Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 106.

Dritter entgegenstehen", ergebe zur Genüge, daß der Eigentumsanspruch an den Rechten Dritter seine Grenze finde; soweit solche Rechte beständen, zessiere der Eigentumsanspruch; so kämen die Grundsätze über die rechtsverneinenden Einwendungen zur Anwendung. § 986 sei unglücklich gefaßt; viel besser habe der erste Entwurf [68] sich ausgedrückt, der in dem zur Frage stehenden Falle von „Ausschluß" des Eigentumsanspruches spreche. Diese Ausführungen gehen fehl in der Auslegung des § 903. Dieser Paragraph bezieht sich nicht auf den Eigentumsanspruch, sondern auf die Durchsetzung desselben, „den Ausschluß anderer von der Einwirkung auf die Sache". Die Worte: „soweit nicht [das Gesetz oder] Rechte Dritter entgegenstehen", haben nur den Zweck, daß mit ihnen das Gesetz sich selbst beschränken will, um logisch zu bleiben. Es wäre absurd, wenn es den allgemeinen Grundsatz vom Ausschluß anderer ohne Ausnahme aufstellen wollte; denn es ist klar, daß bei Vorhandensein von Rechten Dritter, auf welche die Dritten sich berufen, vom Ausschluß der Dritten keine Rede sein kann. Der Ausschluß der Dritten bedeutet die Durchsetzung des Eigentumsanspruches; denn der Eigentumsanspruch selbst schließt Dritte von der Sache weder aus, noch gewährt er an sich notwendig die Mittel dazu; denn einem Anspruch wohnt überhaupt nicht notwendig die Fähigkeit inne, seine Erfüllung zu erzwingen. § 903 und § 986 stimmen also, und zwar zu Gunsten meiner Auffassung, vollkommen in Sinn und Wortlaut miteinander überein.

---

68) § 942.

Sollte man aber unter Verweisung auf § 1004 die entgegengesetzte Ansicht verteidigen wollen und anführen, wenn beim negatorischen Eigentumsanspruche, im Falle daß entgegenstehende Rechte vorhanden sind, der Eigentumsanspruch ausgeschlossen sei, also eine rechtsverneinende Einwendung vorliege, so sei kein Grund vorhanden, beim vindikatorischen Anspruche das Gegenteil anzunehmen, so wirft man damit höchstens dem Gesetze unlogische Ausdrucksweise vor; aber meine Auffassung, die im § 986 bezeichneten Rechte seien Einreden, wird dadurch nicht widerlegt.[69]

2. Die Stundungseinrede.

Eine ähnliche Streitfrage, wie die soeben behandelte, ist die, ob dem Schuldner eine Einrede zusteht, wenn die Leistung ihm gestundet ist.[70] Stundungsvertrag ist der Vertrag, durch den von dem Gläubiger, dem einen Teil, dem Schuldner, dem anderen Teil, ein Aufschub seiner Leistung bewilligt wird, und zwar immer nach Eintritt der Fälligkeit der Forderung. Auf Grund von § 202 muß ich auch hier ein Recht des Schuldners, die Leistung innerhalb der vereinbarten Zeit zu verweigern, also Einrede annehmen.[71] Man kommt dann allerdings zu der Besonderheit, daß im Falle des § 271 II, also wenn die Leistung von Anfang an hinausgeschoben worden ist, eine

69) Planck, Kommentar III, Erl. 5b zu § 1004, will, weil auch gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums unter § 1004 fielen, das Gesetz nicht als unlogisch gelten lassen, vielmehr im Falle gesetzlicher Beschränkungen Ausschluß des Anspruches, sonst aber Einrede, also Bestand des Anspruches annehmen

70) BGB. § 202.

71) Anders Fischer, Recht u. Rechtschutz, S. 105.

71) Anders Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 105.

rechtsverneinende Einwendung (Wortlaut von § 271 II), dagegen wenn ein Aufschub erst später vereinbart ist, eine Einrede besteht. Die Erklärung dieser Besonderheit muß §§ 158, 163 zu Hülfe nehmen und behaupten: im Falle des § 271 II sei das Rechtsgeschäft mit einem Anfangstermin behaftet, der Anspruch (Wirkung jenes Rechtsgeschäftes) wird nach §§ 163, 158 erst fällig, d. i. erst existent, mit dem Eintritt des Termins; folglich besteht bis dahin rechtsverneinende Einwendung. Anders bei der Stundung; hier ist der Anspruch schon entstanden; durch eine nachträgliche Vereinbarung des Leistungsaufschubes wird der Anspruch nicht seiner Fälligkeit, Existenz beraubt; vielmehr verspricht der Gläubiger, seinen fälligen Anspruch erst nach bestimmter Zeit geltend zu machen.[72] Dem Schuldner wird ein befristetes Gegenrecht geschaffen.

3. Der Unterschied der materiellrechtlichen Einrede von der Einrede im Sinne des Prozeßrechtes.

Den Begriff der materiellrechtlichen Einrede, d. h. den des BGB., festzulegen, war bis jetzt meine Aufgabe. Aber nicht nur die Kodifikation des materiellen deutschen Reichsrechtes kennt den Einredebegriff, der Ausdruck „Einrede" findet sich vielmehr auch in den Gesetzen des deutschen Zivilprozeßrechtes. Es wird gezeigt werden, daß der Einredebegriff der Zivilprozeßordnung von dem des BGB. gänzlich verschieden ist. Zwei große Unterschiede fallen auf; der eine ergibt sich aus dem verschiedenen Charakter der beiden Gesetze. Das BGB.

72) S. a. Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 7, Anm. 23, S. 8.

regelt die Rechte im subjektiven Sinne; es bestimmt die Voraussetzungen, unter denen sie entstehen, sich verändern, untergehen. Das formelle Recht, die ZPO., befaßt sich mit dem Verfahren, in dem den im materiellen Rechte geregelten Rechten zur praktischen Geltung verholfen wird. Dies Verfahren besteht nun aber insoferne unabhängig von den Rechten im subjektiven Sinne, als es auch ohne das Vorhandensein der letzteren stattfinden kann. Ebenso wie nun der Anspruch des BGB. ein Recht (§ 194), der Anspruch der ZPO. die Geltendmachung eines nach dem BGB. bestehenden oder angeblich bestehenden Rechtes (nicht nur eines Anspruches im Sinne des BGB) ist, so steht es auch mit der Einrede. Die Einrede des bürgerlichen Rechtes ist ein Recht,[73] der Einredebegriff der ZPO. entspricht (wie auch ihr Anspruchsbegriff) dem wörtlichen Sinne des Ausdruckes; er bedeutet ein „Dreinreden" des Beklagten, die im Verfahren erfolgende Geltendmachung einer bestehenden oder angeblich bestehenden materiellen Einrede. Hiermit ist die Vergleichung, bezw. Unterscheidung der beiden Begriffe aber noch nicht erschöpft; der Einredebegriff der ZPO. ist viel umfassender, als der des BGB.; darin liegt der zweite Unterschied, der sich aus dem verschiedenen Charakter der in Frage kommenden Gesetze keineswegs ergibt. Die ZPO. versteht unter Einrede jedes Vorbringen des Beklagten, welches dieser beweisen muß, d. h. jede Verteidigung des Beklagten mit Ausnahme der negativen Litiskontestation, dem Bestreiten der anspruchsbegründenden Tatsachen. Während also die Einrede des BGB. ein

73) Dies ist oben S. 16 ff. zur Genüge dargetan.

einen gegnerischen Anspruch voraussetzendes Gegenrecht ist, umfaßt die Einrede der ZPO. auch die Fälle, in denen der Bestand des Anspruches bestritten wird, also auch die rechtsverneinende Einwendung. Einrede im Sinne der ZPO. entspricht etwa dem Ausdruck „Einwendung" des BGB. Ja, dem zivilprozessualischen Einredebegriffe unterstehen auch die vom Beklagten im Prozeß vorgenommenen anspruchsvernichtenden Rechtsgeschäfte, wie Anfechtung und Aufrechnung.[74]

74) ZPO. §§ 146, 278.

Zweiter Teil.

Das Verhältnis des Einredebegriffes zum Anfechtungsbegriff.

1. Fixierung des Anfechtungsbegriffes nach BGB.

a) Wesen der Anfechtbarkeit.

Der zweite Teil der Arbeit hat sich mit dem Verhältnis des im ersten Teil festgestellten Einredebegriffes zum Anfechtungsbegriffe zu befassen. Vorausgeschickt wird, daß ich mich auf die Anfechtung von Rechtsgeschäften nach BGB. zu beschränken habe. Die Anfechtung von Rechtsverhältnissen[75] und Rechtserwerb oder -verlust ohne Rechtsgeschäft, die das angezogene Gesetz[76] kennt, scheiden, als in einer Beziehung zur Einrede nicht stehend und zum Thema nicht gehörend, aus. Ferner scheiden aus die konkursrechtliche Anfechtung und die Anfechtung gerichtlicher Entscheidungen,[77] sowie des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879. Es ist ferner vorauszuschicken, daß die Anfechtung, von der allein zu

75) Vgl. Kuhlenbeck, von den Pand. I S. 330: „Anfechtung gesetzlicher Vermuthung."

76) §§ 1596, 1956, 2340.

77) BGB. §§ 62, 115; Prozeßgesetze.

sprechen ist, in einem engeren und einem weiteren Sinn gefaßt werden kann. In dem engeren Sinn bedeutet sie nur die Anfechtungserklärung; in dem weiteren Sinn umfaßt sie Anfechtbarkeit, Anfechtung im engeren Sinn und Anfechtungsrecht. Im letzteren Sinn wird abgehandelt.

Das BGB. hat hinsichtlich der Anfechtung dem gemeinem Rechte gegenüber mehr als eine Neuerung gebracht. In letzteren war der Anfechtungsgriff durchaus unbestimmt und vielfach umstritten. Die Anfechtung wirkte bald obligatorisch und umfaßte so alle Fälle, in denen ein Anspruch auf Aufhebung eines Rechtsverhältnisses gegeben war (actio doli, metus causa, redhibitoria, quanti minoris) bald hatte sie unmittelbar Wirkung in rem (querela inofficiosi testamenti); ihre Ausübung erfolgte bald durch Klage, bald durch Einrede, bald durch in integrum restitutio. Die gemeinrechtliche Anfechtbarkeit war nach der zutreffenden Ansicht von Schloßmann[78] nicht als eine einem bestimmten Rechtsgeschäft anhaftende Eigenschaft; sondern eher als ganz selbständiges Rechtsverhältnis aufzufassen.[79] Im Gegensatze hierzu ist der Anfechtungsbegriff des BGB. ein durchaus einheitlicher und klarer. In diesem Gesetze lassen sich mangelfreie, d. h. von „gesetzeswegen" normale und mangelhafte Rechtsgeschäfte unterscheiden. Letztere sind solche, die durch das Gesetz selbst mit Eigenschaften versehen sind, welche sie anormal machen. Niemals kann ein Rechtsgeschäft durch Willen der Kontrahenten als ein

78) Zwang S. 12 ff.

79) Vgl. Savigny, System IV. § 202; Dernburg, Pand. I § 120; Regelsberger, Pand. I S. 633 ff.; Windscheid-Kipp, Pand. I S. 360 ff 368 ff.

mangelhaftes abgeschlossen werden. Es liegt vielmehr im Begriff des „Mangels", daß er, vom Parteiwillen völlig unabhängig, stets an gewisse gesetzliche Voraussetzungen geknüpft ist. Zu den mangelhaften Rechtsgeschäften[80] gehören die infolge einer Gesetzesbedingung schwebenden,[81] die relativ unwirksamen,[82] und die anfechtbaren Rechtsgeschäfte.[83][84] Von den letzten ist im folgenden zu sprechen.[85] Die Motive[86] definieren: „Anfechtbarkeit sei diejenige „Ungültigkeit", kraft deren einem Rechtsgeschäfte die Gültigkeit nicht sofort, sondern erst dann — dann aber auch rückwärts — entzogen werde, wenn eine darauf bezügliche Willenserklärung von dem dazu Berechtigten gegeben werde". Der Sinn dieser Worte ist nicht zu verstehen, da eine Ungültigkeit, kraft deren zunächst noch Gültigkeit besteht, sich schwerlich denken läßt. Weit treffender sieht Endemann[87] in dem anfechtbaren Rechtsgeschäft ein verschleiertes; „werde die Anfechtbarkeit geltend gemacht, so sei klar, daß es

80) Da sich der Mangel in seinem endlichen Erfolge vor allem in den Wirkungen des Rechtsgeschäftes zeigt, werden die mangelhaften Rechtsgeschäfte auch „unwirksame genannt.

81) BGB. §§ 177, 185.

82) BGB. § 135, KO. § 7.

83) Vgl. Planck, Komment. I S. 145, 146.

84) Nicht zu den mangelhaften, weil überhaupt nicht zu den Rechtsgeschäften, gehört das sog. nichtige Rechtsgeschäft; dies ist nur scheinbar ein Rechtsgeschäft. Negotium nullum = non existens: Schlossmann, Zwang S. 12 ff., a. M. Zitelmann, BGB. I S. 102, 103; Planck, Komment. I S. 142.

85) Vgl. Cosack, Bürg. Recht I S. 152; Crome, System I S. 348–350; Matthiaß, Lehrbuch I S. 232–234; Kruckmann, Bürg. Recht S. 312 ff.; Bendix, Einführung S. 149; Kuhlenbeck, von den Pand. I S. 325.

86) Mugdan, Mat. I S. 473

87) Bürg. Recht I 321.

von Anfang an nichtig, werde sie nicht geltend gemacht, daß es von Anfang an mangelfrei gewesen sei". Allein auch dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist vielmehr von Haus aus einem normalen Rechtsgeschäft gleich, vollkommen gültig. Es findet sich im BGB auch nicht ein Anhalt dafür, daß das anfechtbare Rechtsgeschäft vor der Anfechtung verschleiert oder gar nichtig sei Ansprüche aus anfechtbaren Rechtsgeschäften können gerichtlich geltend gemacht, aufgerechnet, erfüllt, abgetreten werden u. s w. Allein findet sich eine Einschränkung in den §§ 770, 1137, 1211: Kann der Schuldner anfechten, so können der Bürge, der Hypothekenschuldner und der Verpfänder sich auf die Anfechtbarkeit berufen Durch seine Wirksamkeit unterscheidet sich das anfechtbare Rechtsgeschäft von dem sogen. nichtigen einerseits und dem relativ unwirksamen (relativ nichtigen) andererseits. Das nichtige Rechtsgeschäft, gar nicht vorhanden, kann als solches gar keine Wirkungen hervorbringen; das relativ unwirksame Geschäft[88] ist überall, mit Ausnahme gewissen Personen gegenüber, gültig und wirksam Das anfechtbare Rechtsgeschäft aber ist allen gegenüber wirksam, bezw. gültig. Daher nennt Scherer[89] durchaus unzutreffend die Anfechtbarkeit eine relative Nichtigkeit. Man kann auch nicht wie Rehbein[90] das anfechtbare Rechtsgeschäft als solches qualifizieren, welches zwar von Anfang an nichtig sei, dessen Nichtigkeit aber nur auf Rüge des Anfechtungs-

88) Vgl. Crome, System I S. 150 Anm. 31; Cosack, Bürgerl. Recht § 53 S. 152.

89) Allgem. Theil des BGB. S. 283.

90) Komment. I S. 198.

berechtigten, nicht auf Rüge von dritten Personen, nicht von amtswegen berücksichtigt werde. Eine derartige Nichtigkeit ist nicht auszudenken. Richtiger ist zu sagen das anfechtbare Rechtsgeschäft ist ein gültiges; aber es ist mit einem Mangel behaftet, dessen Geltendmachung in das Belieben einer gewissen Person gestellt ist.[91] [92] Die Geltendmachung jenes Mangels nennt das BGB. Anfechtung. Erfolgt diese, so gewinnt die Rechtslage ein ganz anderes Bild. „Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen".[93] Jetzt kommt der Mangel zum Vorschein, den das Gesetz nicht für so schwerwiegend erachtete, um von sich aus das Rechtsgeschäft für nichtig zu erklären. Die Anfechtung stellt sich dar als der vom Anfechtungsberechtigten kundgegebene Wille, mit dem anfechtbaren Rechtsgeschäft nichts zu tun zu haben. Das Rechtsgeschäft wird nicht nur vom Augenblick der Anfechtung an nichtig, die Auflösung geht vielmehr auf den Moment der Vornahme des Geschäftes zurück. Wie ist eine derartige Konstruktion zu erklären? Oben[94] ist festgestellt worden, daß bis zur Anfechtung das Rechtsgeschäft gültig war. Nun wird plötzlich diese durchlebte Gültigkeit aus der Vergangenheit getilgt! Die rechtliche Konstruktion ist leicht dem Gesetze zu entnehmen. Es

91) Vgl. Leonhard, BGB. I S. 451: „Eine verschleierte Nichtigkeit ist ein Messer ohne Klinge, dem der Stiel fehlt."

92) S. a. Engelmann, d. alte und das neue Bürgerl. Recht S. 127, 198. Mit Unrecht Bunsen, Einführung I S. 71: „Nur formeller Unterschied zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit." S. Kuhlenbeck, von den Pand. I S. 326; Hachenburg, Vorträge S. 58, 59; vgl. a. Matthiaß, Lehrbuch I S. 232.

93) BGB. § 142 I.

94) S. 45, 46.

heißt im § 142 I: „ist als von Anfang an nichtig anzusehen"; also eine Fiktion der Nichtigkeit, ähnlich der Fiktion des Erlöschens der aufgerechneten Forderungen nach § 389. Die Anfechtung vernichtet ex nunc tatsächlich, ex tunc kraft einer Fiktion. Im ersten Entwurf[95] war in Rücksicht auf § 1277 desselben von dieser Fiktion eine Ausnahme vorbehalten, die im BGB. als gegenstandslos fortgefallen ist.[96]

Die Anfechtbarkeit bezieht sich auf ein Rechtsgeschäft, nicht auf ein Recht Unter den Rechtsgeschäften sind, genau genommen, wiederum nur die einseitigen anfechtbar, dies geht mit Deutlichkeit aus den §§ 119, 123: „Anfechtung einer Willenserklärung!" hervor. Ist dieses einseitige Rechtsgeschäft die Annahme eines Vertrages oder der Antrag zum Abschluß eines solchen,[97] so geht durch das Mittel des einseitigen Rechtsgeschäftes die Anfechtung natürlich gegen den Vertrag; so spricht das Gesetz kurz von der Anfechtung eines Vertrages, einer Ehe.[98] [99] Richtet sich die Anfechtung nun gegen ein Verpflichtungsgeschäft, so erlöschen alle aus demselben resultierenden Forderungen und Verbindlichkeiten derart, als hätten sie nie bestanden. Andererseits können aber auch durch die Anfechtung Forderungen und Verbind-

95) § 112.

96) Vgl. BGB. § 1358.

97) Rechtsgeschäft ist eine einen beabsichtigten privatrechtlichen Erfolg herbeiführende Willenserklärung (a. M. Planck, Komment. I S. 142; vgl. oben S. 45 Anm. 84.) also auch Antrag und Annahme (BGB. §§ 145, 151).

98) BGB. §§ 1330 ff. 2281.

99) Windscheid-Kipp, Pand. I § 181: „Anfechtung der Rechtsfolgen." Hellwig, Verträge auf Leistung, S. 293 gebraucht den Ausdruck: „Anfechtbarkeit einer Verpflichtung!"

lichkeiten entstehen, ja es lassen sich Fälle denken, in denen nur Forderungen, bezw. Verbindlichkeiten entstehen, keine erlöschen; so bei der Anfechtung eines beiderseits erfüllten Kaufvertrages. Richtet sich die Anfechtung gegen ein Verfügungsgeschäft, so tritt rückwirkend der contrarius actus der Verfügung ein, das übertragene Eigentum, die abgetretene Forderung fällt zurück, der bestellte Nießbrauch erlischt u. s. w. Zugleich greift BGB. § 142 II ein und führt die Fiktion der vom Beginn des Rechtsgeschäfts an bestehenden Nichtigkeit folgerecht ins Extrem durchhaltend, die Wirkung der Anfechtung gegen die in der angezogenen Vorschrift bezeichneten Personen durch. An dieser Stelle wird einer der Unterschiede der das Rechtsgeschäft absolut vernichtenden Anfechtung von anderen Aufhebungserklärungen (so vom Rücktritt) deutlich. [100]

Treffend charakterisiert Jacubecky [101] die „Anfechtung als eine Art von Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die sich der Anfechtungsberechtigte selbst verschaffen kann". In der Tat, will man die Anfechtung mit einem Institut des gemeinen Rechtes vergleichen, so liegt die in integrum restitutio am nächsten. [102] Die Anfechtung ist ein aggressives Rechtsmittel, das seinem Träger zur Vernichtung eines Rechtsgeschäftes dient.

100) Anfechtung und Rücktritt haben manche Ähnlichkeit miteinander. Eine Übereinstimmung liegt darin, daß sie beide das Erlöschen des etwa aus dem Rechtsgeschäft entspringenden Schuldverhältnisses bewirken (vgl. Planck a. a. O. S. 127) (Rücktritt nur bei Schuldverträgen).

101) Bem. zum Entw. eines BGB. S. 30.

102) Vgl. Hellmann, Vorträge S. 114.

b) Die Anfechtungserklärung.

α) Als Rechtsgeschäft.

Gegenstand der folgenden Erörterungen ist der Vorgang, der das anfechtbare Rechtsgeschäft vernichtet. Dieser Vorgang ist die Anfechtung im engeren Sinne, ist die Anfechtungserklärung. Von dem in dieser Abhandlung [103] eingenommenen Standpunkte aus, muß die Anfechtung als Rechtsgeschäft bezeichnet werden. Dies müssen folgerichtig diejenigen Autoren leugnen, welche nach Art von Rehbein oder Bunsen das anfechtbare Rechtsgeschäft auffassen. [104] Unter den Rechtsgeschäften ist die Anfechtung vorzugsweise (nicht immer) eine Verfügung; [105] sie ist dann keine Verfügung, wenn durch sie nur obligatorische Rechte erzeugt werden. Als Rechtsgeschäft kann die Anfechtung selbst anfechtbar, nichtig, als Verfügung ev. relativ unwirksam sein. die Anwendung beispielsweise von § 1395 erleiden u. a. m. Die Anfechtung ist nach § 143 I einseitig, empfangsbedürftig (vgl. unten S. 59) und grundsätzlich völlig formlos. Nur in wenigen Fällen ist eine besondere Form erfordert, diese sind:

1) Anfechtung einer Ehe durch Klage: § 1341 I,
2) Erklärung gegenüber dem Gericht:

---

103) Oben S. 45 ff.

104) Siehe oben S. 47, Denkschrift S. 35.

105) Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, welches [als Veräußerung] die unmittelbare Übertragung, [als Verzicht, bezw. (wenn es sich um Forderungsrechte handelt) Erlaß] die unmittelbare Aufhebung, die unmittelbare Veränderung (z. B. Kündigung) eines Rechtes oder [als Belastung] die unmittelbare Begründung eines Sachenrechtes bewirkt. Vgl. Planck I S. 148.

a. in Form öffentlicher Beglaubigung: §§ 1342, 1955.

b. ohne weitere Form: § 2081.

3) gerichtliche oder notarielle Beurkundung § 2282 III[106] §§ 1594, 1956, 2345 gehören nicht in diese Arbeit.[107]

β) Die bei der Anfechtung beteiligten Personen.

Wer ist zur Anfechtung berechtigt? Wem gegenüber erfolgt die Anfechtung? Anfechtungsberechtigt ist grundsätzlich derjenige, in dessen Person die Gründe zutreffen, welche das betr. Rechtsgeschäfts anfechtbar machen.[108] Die Anfechtbarkeitsgründe treffen allemal in der Person des, bezw. eines der Kontrahenten zu, nur ein solcher kann also anfechten. Doch giebt es Ausnahmen. Von selbst versteht sich, daß dem Erben das Anfechtungsrecht des Erblassers zusteht.[109] Ferner sind in den Fällen der §§ 318, 2078 ff. andere Personen als die, in denen der Anfechtungsgrund zutrifft, anfechtungsberechtigt. Scherer[110] behauptet: „jeder Dritte, der ein rechtliches Interesse daran habe, könne

106) Zu beachten auch BGB. § 1755.

107) Vgl oben S. 43 und unten S. 55.

108) Die Gründe der Anfechtbarkeit gehören nicht zu dem Begriff derselben und können übergangen werden. Um sie kurz zu nennen: Irrtum im Rechtsgrund, unrichtige Übermittelung, Täuschung, Drohung (BGB. §§ 119, 120, 123); für die Anfechtbarkeit der Ehe gelten der erste und die beiden letzten der aufgezählten Gründe, außerdem noch mangelnde Einwilligung des gesetzlichen Vertreters; für die Anfechtung letztwilliger Verfügungen und nach § 2308 gilt in ausgedehntem Maße Irrthum im Beweggrund als Anfechtbarkeitsgrund.

109) Ausgenommen BGB. § 1338.

110) Allgem. Theil des BGB. S. 290.

das Anfechtungsrecht ausüben". Er behauptet ferner, „das Anfechtungsrecht sei übertragbar". Allein seine Ausführungen erscheinen unzutreffend. Das BGB.[111] giebt das Anfechtungsrecht überall nur ganz bestimmten Personen; wenn es auch nicht ausdrücklich sagt, daß andere Personen zur Anfechtung nicht berechtigt sind, so ergiebt sich doch diese Folge nicht minder zweifellos aus den angezogenen Vorschriften. Aus demselben Grunde ist das Anfechtungsrecht nicht übertragbar. Nehme man folgendes Beispiel: A ist durch Täuschung veranlaßt worden, dem B gegenüber eine Verbindlichkeit einzugehen. Nun tritt C in dies Schuldverhältnis privativ als Schuldner ein, sodaß A ausscheidet. Vollzieht sich diese Schuldübernahme während A den Anfechtungsgrund kennt, so wird in ihr immer ein stillschweigender Verzicht[112] des A auf sein Anfechtungsrecht liegen. Aber auch wenn A noch nicht weiß, daß er getäuscht worden ist, dies vielmehr erst nach der Schuldübernahme erfährt, wird man dem C das Anfechtungsrecht nicht zubilligen können. Dieses ist bei A geblieben; denn dieser ist trotz der Schuldübernahme Kontrahent in dem Vertrage mit B geblieben, und nur ein solcher kann anfechten. Absurd wäre es endlich anzunehmen, das Anfechtungsrecht könne für sich allein übertragen werden, das ist ausgeschlossen: der Kontrahent kann anfechten, kein anderer.[113] Nur wenn ein anderer vollkommen an die

111) §§ 119, 120, 123, 318, 1331 ff., 2080.

112) S. unten S. 68, 69.

113) Die Übertragung des Anfechtungsrechtes würde nur Vollmacht zur Ausübung desselben bedeuten. — Noch mehr begründet wird die Verknüpfung des Anfechtungsrechtes an den das betr. Rechtsgeschäft Abschließenden unten S. 65 bei der Betrachtung des Charakters des Anfechtungsrechtes. Vgl. Staffel, a. a. O. S. 667.

Stelle des Kontrahenten tritt (Gesamtnachfolge), geht das Anfechtungsrecht auf ihn über.

Da die Anfechtung sich gegen ein Rechtsgeschäft richtet, bedarf es einer besonderen Bestimmung desjenigen dem gegenüber die Anfechtung zu erfolgen hat, des Anfechtungsgegners. Diesem Bedürfnis trägt BGB § 143 II—IV Rechnung. Ist das angefochtene Rechtsgeschäft ein Vertrag, so ist der andere Teil, ist es ein einseitiges, parteiempfangsbedürftiges [114] Rechtsgeschäft, so ist der Empfänger Anfechtungsgegner; letzteres gilt auch dann, wenn das angefochtene Rechtsgeschäft amtsempfangsbedürftig [114] oder parteiempfangsbedürftig [114] war und der zweiten Voraussetzung genügt ist Bei einem lediglich amtsempfangsbedürftigen [114] einseitigen Rechtsgeschäft ist die betr. Behörde Anfechtungsgegnerin; bei einem nicht empfangsbedürftigen einseitigen Rechtsgeschäft ist Anfechtungsgegner jeder, der aus dem Rechtsgeschäft unmittelbar [115] einen rechtlichen Vorteil gezogen hat. Ist aus einem Vertrage, der wegen Täuschung anfechtbar ist, für einen Dritten unmittelbar ein Recht entstanden, so ist dieser Anfechtungsgegner, soweit überhaupt der Vertrag ihm gegenüber anfechtbar ist. „Anfechtungsgegner ist eine an der Geltung der angefochtenen Willenserklärung teils als Urheber, teils als Empfänger, teils durch ihren Inhalt beteiligte Person".[116]

---

114) Für diesen Ausdruck ist zu vergleichen Zitelmann, Recht des BGB, I S. 93.

115) Die Dereliktion (Aufgabe des Eigenthums) ist, da aus ihr nie unmittelbar ein Recht erworben werden kann, mangels eines Gegners nicht anfechtbar!

116) Hölder, Komment. I Bem. zu § 143 No. 2.

2. Verhältnis zu den entsprechenden Begriffsmerkmalen der Einrede.

a) Anfechtbarkeit und Bestand der Einrede.

Zu vergleichen sind zunächst Bestand der Einrede vor ihrer Ausübung und die Anfechtbarkeit vor der Anfechtung. Ebenso wie die Einrede den ihr entgegenstehenden Anspruch unberührt läßt, ja ihn begrifflich voraussetzt, so läßt auch die Anfechtbarkeit das von ihr behaftete Rechtsgeschäft unberührt, setzt es begrifflich voraus. Es ist ferner auszuführen, daß Bestand der Einrede und Anfechtbarkeit eine gewisse Unsicherheit des von ihnen betroffenen Rechtsverhältnisses zur Folge haben; ja die dauernde Einrede kann dem gegnerischen Rechte gerade so wie die Anfechtbarkeit im Verkehre seine Geltung entziehen [117], es wirthschaftlich wertlos machen. Und weiter ist zu zeigen, daß Anfechtbarkeit und Einrede sich in ihren Folgen nicht auf ihren Gegner beschränken, sondern auch Dritten gegenüber von Wirksamkeit sind; für die Einrede gilt dies nahezu unbeschränkt,[118] für die Anfechtbarkeit mit einer wesentlichen Ausnahme des § 123 II BGB. Jedoch schon hier findet sich ein tiefgreifender Unterschied, die Einrede äußert schon kraft

117) Vgl. Leonhard, Allg. Theil des BGB. S. 451. Wenn Leonhard a. a. O. S. 224, 225 sich übrigens zum Unterschiede von Einrede und Anfechtung auf die große Verschiedenheit der gesetzgeberischen Zwecke bei beiden Rechtsinstituten beruft, so ist dem nicht bedingungslos zuzustimmen. Der erreichte gesetzgeberische Zweck präsentiert die wirtschaftliche Bedeutung des betreffenden rechtlichen Gebildes. Diese ist aber bei der Einrede und der Anfechtbarkeit in manchen Fällen dieselbe; in Betracht kommen hier natürlich vorzugsweise die Fälle der dauernden Einrede. Oft ist die wirtschaftliche Bedeutung allerdings ganz verschieden.

118) Vgl. oben S. 26 ff.

ihres Bestehens Wirkungen. Die Anfechtbarkeit dagegen ist, als Eigenschaft eines Rechtsgeschäftes, kein rechtliches Verhältnis, welches logischerweise Wirkungen haben könnte. Sie ist vielmehr selbst eine Wirkung, die unfreiwillige Folge eines mangelhaften Geschäftsabschlusses. Was man bei oberflächlicher Betrachtung für Wirkungen der Anfechtbarkeit halten könnte, das sind die besonderen Qualifikationen in den Wirkungen des anfechtbaren Rechtsgeschäftes. Und weiter, die Wirkungen der Einrede kraft ihres Bestehens folgen aus dem Einredebegriffe; z. B. wenn ein einredeberechtigter Schuldner nicht in Verzug gerät, nicht vertragstrafbar wird.[119] Die Qualifikationen in den Wirkungen des anfechtbaren Rechtsgeschäftes dagegen sind nur aus Zweckmäßigkeitsgründen gegeben.[120] Ein weiterer, wichtiger Unterschied liegt darin, daß die Anfechtbarkeit sich auf ein Rechtsgeschäft, die Einrede sich dagegen auf ein Recht (Anspruch) bezieht. Die Einrede kann daher nicht als Mangel eines Rechtsgeschäftes wie die Anfechtbarkeit charakterisiert werden. Weiter folgt daraus, daß Einreden vertragsmäßig erzeugt werden können; denn es ist wohl denkbar, daß der Anspruch des Gläubigers sich selbst beschränkt. Die Anfechtbarkeit dagegen kann begrifflich vertragsmäßig nicht hervorgebracht werden. Einige Schwierigkeiten bereitet nun BGB. § 2345. Dieser Paragraph gehört zwar nicht[121] in diese Arbeit; es könnte aber die Frage entstehen, ob nicht seine Vorschrift in Analogie für das gesamte Institut der Anfechtung des BGB. gelte. Diese

119) Vgl. auch BGB. §§ 202, 390, 813 u. a. m.
120) BGB. §§ 770, 1139.
121) Vgl. oben S. 43.

Frage ist zu verneinen; dennoch sei mit einigen Worten auf die Besonderheit des angezogenen Paragraphen eingegangen. § 2345 redet von der Anfechtbarkeit des Vermächtnis a n s p r u c h e s. Diese Ausdrucksweise erscheint ungenau; es sollte heißen: „der Erwerb des Vermächtnisanspruches ist anfechtbar u. s. w." Nimmt man dies nicht an, so käme man zu der überraschenden Folge, daß nach Erfüllung des Vermächtnisanspruches, auch in Unkenntnis der Anfechtbarkeit, die Anfechtung ausgeschlossen sein müßte. Denn, da der Anspruch durch Erfüllung untergegangen ist, fehlte es an einem Gegenstande der Anfechtung. Dies Resultat verdient keineswegs Billigung.[122]

b) A u s ü b u n g d e r E i n r e d e u n d A n f e c h t u n g.

Ausübung der Einrede und Anfechtung dienen beide zur Abwehr von Rechtsnachteilen, die aus einem an sich begründeten Rechtsverhältnis für Anfechtungs- oder Einredeträger erwachsen können oder bereits sind. Sie sind beide in das freie Belieben des Berechtigten gestellt, benötigen nicht der Zustimmung ihres Gegners und erfolgen durch einseitige Erklärung. Andere sachliche Ähnlichkeiten jedoch dürfen sich zwischen ihnen kaum finden lassen; vielmehr ist auch hier von grundlegenden Unterschieden zu reden; denn beide Rechtsausübungen verhalten sich zu einander wie Angriff zur Verteidigung. Die Anfechtung hat[123] die Wirkung, daß das angefochtene Rechtsgeschäft vernichtet wird und mit ihm alle von ihm abhängenden Rechte und Pflichten; sie greift mithin an.

122) Vgl. Cosack, Bürg. Recht § 409 II.
123) Vgl. oben S. 47.

Die Ausübung der Einrede dagegen hat nur die Wirkung den gegnerischen Anspruch zu hemmen, sie läßt ihn selbst unberührt, ist daher lediglich defensiv. Daraus folgt, daß die Anfechtung als Angriffsmittel ihrerseits die Initiative ergreifen kann und nicht etwa zu warten braucht, bis der Anfechtungsgegner sein Recht geltend macht. Die Einredeausübung dagegen ist an die Geltendmachung des gegnerischen Anspruches gebunden.[124] Von manchen Autoren wird der Unterschied teilweise geleugnet; so von Fischer;[125] Hölder[126] sagt: „wenn geltend gemacht, habe die Einrede die Wirkung einer sich gegen einen Anspruch richtenden Anfechtung". Andere wollen dies auf peremtorische Einreden beschränkt wissen, so Hellwig.[127] Diese Ansichten werden hier nicht vertreten. Außer den im Teil I[128] aufgezählten Gründen ist noch auf BGB. §§ 119, 120, 122, 123 und §§ 821, 853 zu verweisen; aus diesen Paragraphen geht zur Genüge hervor, daß das Gesetz der Anfechtung andere Wirkungen als der Einredeausübung beimessen will.[129]

Aber auch, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, die geltend gemachte Einrede habe Anfechtungswirkung, so ist doch ein Unterschied nicht zu verkennen, man muß

124) Sie kann daher erst im Prozeß erfolgen. Vgl. Habicht, Einwirkung d. BGB. S. 133.

125) Recht und Rechtsschutz S. 109.

126) Komment. zum BGB. I S. 406, 407.

127) Anspruch u. Klagrecht, S. 18, 19.

128) S. 28 ff.

129) Vgl. auch Hellmann, Vorträge S 201: Es geht nicht an, den Gebrauch des Rechtes zur Erfüllungsverweigerung als Aufhebungsgrund des Anspruches aufzufassen und sich dabei gar auf die Analogie des Anfechtungsrechtes bei Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäftes zu berufen."

im Auge behalten, daß die Anfechtung durch die Vernichtung des angefochtenen Rechtsgeschäftes auch Rechte erzeugen kann, die Einrede niemals!

Von dem in dieser Arbeit vertretenen Standpunkt aus ist zweierlei auszuführen. Zunächst: Die Anfechtung ist ein Rechtsgeschäft,[130] die Einredeausübung nicht. Letztere ist bloß Berufung auf ein Recht, wie die Geltendmachung des Anspruches. Sie stimmt eher überein mit der Anfechtungserklärung des bisherigen Rechtes;[131] sie ist nur eine Willensmitteilung des Einredeträgers, sein Recht geltend zu machen. Der Anspruch ist schon durch das Bestehen der Einrede gehemmt, aber es bedarf zur Berücksichtigung dieser Hemmung der Berufung auf die Ursache derselben. Daraus folgt, daß zwar die Ausübung der Einrede von der Prozeßvollmacht im Sinne des § 81 ZPO. umschlossen wird — dies ist nicht bestritten —, ferner aber, daß diese Prozeßvollmacht nicht die Ermächtigung umfaßt, das Rechtsgeschäft, aus dem das klageweise geltend gemachte Recht erwächst, anzufechten.[132] Denn die Anfechtung ist ein Rechtsgeschäft, durch welches das der Klage zu Grunde liegende Rechtsgeschäft beseitigt wird. Der Prozeßbevollmächtigte aber ist nach § 81 ZPO. nur zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen ermächtigt; hieraus steht nicht zur Folgerung, daß ihm die Disposition über das Rechtsgeschäft zugebilligt werden kann; denn Gegenstand des Rechtsstreites ist nicht dieses, sondern das geltend

130) S. oben S. 50, 51.

131) Vgl. Leonhard, BGB. I S. 446.

132) A. M. ERG. vom 4. 6. 1901; Gaupp, ZPO. I S. 226; Vgl. Wach, ZPO S. 592.

gemachte Recht. Außerdem könnten aus einer derartigen Disposition für die vertretene Partei weitere Verbindlichkeiten erwachsen.[133]

Zweitens sind die Beziehungen der Einrede zur Anfechtung und Anfechtbarkeit darzustellen; dies ist der Inhalt des nächsten Abschnittes.

c) Einrede, Anfechtbarkeit und Anfechtung in ihren gegenseitigen Beziehungen im BGB.

Es hieße, zwei heterogene Dinge miteinander identifizieren, von einer „Einrede der Anfechtung" zu sprechen. Eine solche Einrede wäre entweder die Anfechtung selbst oder eine „Einrede" der vollzogenen Anfechtung. Ersterenfalls hätte man es mit dem im Prozesse erfolgten materiellen Rechtsgeschäfte der Anfechtung zu tun, welches nach der von mir vertretenen Auffassung eine Einrede nicht sein kann; im zweiten Falle läge eine rechtsverneinende Einwendung vor, Einrede nur im Sinne des formellen Rechtes; denn es würde behauptet, daß der gegnerische Anspruch gar nicht vorhanden sei.[134] Ebenso gibt es nach BGB. keine Ein-

133) Vgl. Hellwig, Verträge auf Leistung, S. 293.

134) Anders nach gemeinem Rechte. v. Wächter, Pand. I S. 533 Beilage I: „die zerstörlichen Einreden seien Einreden der Anfechtbarkeit des (gegnerischen) Rechtes." — In der That besteht nach gemeinem Rechte kein durchgreifender Unterschied zwischen Einrede und Anfechtung, sie sind oft dasselbe. Vgl. Wendt, Pand. S. 259. — Auch heute noch ist außerhalb des BGB. die Konstruirung einer Einrede der Anfechtung möglich, so in der Konkursordnung und dem Anfechtungsgesetze (10. 2. 1877, bez. 21. 7. 1879). In § 5 des letztangezogenen Gesetzes wird von der Erhebung des Anfechtungsanspruches (Obligator, Anfechtung!) im Wege der Einrede gesprochen.

Vgl. Rehbein, Kommentar I S. 198; ERG. 48, 47; Hellmann, Vortr. S. 201; Fischer, Recht u. Rechtsschutz S. 105.

rede gegen die Anfechtung. Nach gemeinem Rechte war auch (s. Anm. 134) dieses möglich, da sich das Anfechtungsrecht als Anspruch und die Anfechtung als Erhebung dieses Anspruches darstellen konnte. Nach BGB. hat die Anfechtung entweder mangels ihrer Voraussetzungen gar keine Wirkung, ist gar keine Anfechtung; sollten in diesem Falle auf Grund der vermeintlichen Anfechtung Rechte geltend gemacht werden, so stände dem Gegner eine rechtsverneinende Einwendung zu, — aber auch sie richtete sich nicht gegen die Anfechtung. Oder aber die Anfechtung ist begründet, dann treten ihre Wirkungen ein, ohne daß der Anfechtungsgegner sich dagegen irgendwie verteidigen könnte.[135]

Anders liegt die Frage nach der Anfechtbarkeitseinrede. Diese läßt sich begrifflich als wahre Einrede denken und ist auch wirklich dem BGB. bekannt; so wird sie im § 770 BGB. dem Bürgen gewährt. Hellwig[136] führt ferner folgendes Beispiel an: Der bisherige Gläubiger A hat seine Forderung gegen den Schuldner B an den neuen Gläubiger C anfechtbar abgetreten: BGB. § 398. B kennt die Anfechtbarkeit der Abtretung. Macht jetzt C, bevor angefochten ist, seine Forderung gegen B geltend, so wird man dem B das Recht zubilligen müssen, auf Grund der Anfechtbarkeit die Leistung zu verweigern; sonst würde er unter Umständen in die Gefahr geraten, wegen § 142 II zweimal zahlen zu müssen.[137]

135) Gegen die obligator. Anfechtung (Anspruch) der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes ist eine Einrede denkbar (Anm. 134).

136) Verträge auf Leistung, S. 293, 294.

137) A. M. unter Verweisung auf §§ 409, 410 BGB. Planck, Komm. I S. 193.

Ist es nun aber gerechtfertigt, dem Schuldner, der den Anspruch durch Anfechtung beseitigen kann, die Einrede der Anfechtbarkeit zu geben? Zweifelhaft kann die Frage nur dort werden, wo der Anfechtungsberechtigte eine von der Kenntnis des Anfechtungsgrundes an laufende Frist zur Anfechtung hat, also nicht bei der Anfechtung der §§ 119, 120. Im übrigen aber könnte man so ausführen: es steht demjenigen, der z. B. durch Täuschung oder Drohung zur Eingehung einer Verbindlichkeit veranlaßt worden ist, neben dem Anfechtungsrecht nach §§ 823, 826 ein Anspruch auf Aufhebung der Verbindlichkeit zu; dieser Anspruch kann auch als Einrede geltend gemacht werden; folglich bestehen Aufhebungsanspruch und -einrede und Anfechtungsrecht nebeneinander. Erlischt das letzte, so bleiben die beiden ersten bestehen. Allein eine derartige Auffassung kann nicht gebilligt werden. Allerdings ist es richtig, daß mit der Eingehung der Verbindlichkeit Anspruch und Einrede gegen sie zustehen; aber Anspruch und Einrede werden absorbiert durch das Anfechtungsrecht.[138] Die Anfechtung kann, wie oben[139] erwähnt, ganz formlos erfolgen; die Äußerung des Willens, mit dem anfechtbaren Rechtsgeschäft nichts zu tun zu haben, genügt; nicht einmal das Wort „anfechten" braucht zu fallen. Ebenso wie nun unzweifelhaf durch Erhebung der Aufhebungsklage die Anfechtung vollzogen wäre und der folgende Prozeß

138) Allerdings nur, was die Person des Anfechtungsberechtigten anlangt. In dem S. 52 erwähnten Beispiele kann daher der Schuldner gemäß § 417 dem Gläubiger die Einrede des Betruges bezw. der Drohung (streng genommen nicht der Anfechtbarkeit) entgegensetzen. — Vgl. Staffel, Sächs. Archiv X, Heft 1, 2 S. 66f.

139) S. 50.

auf Grund der durch die Anfechtung veränderten Rechtslage stattfinden würde, ev. die Klage mangels ihres Grundes abgewiesen werden müßte, so erfolgt auch die Anfechtung in der vorgeschützten Aufhebungseinrede. Sollte aber der Schuldner wirklich die Leistung bis auf weiteres verweigern und sich die Entscheidung über die Anfechtbarkeit noch vorbehalten wollen, so würde ein solches Verhalten der Absicht des BGB. in Betreff der Anfechtung, der Unsicherheit des anfechtbaren Rechtsgeschäftes möglichst entgegenzutreten,[140] gerade zuwiderlaufen. „Der Anfechtungsberechtigte ist nicht berechtigt, die Leistung zu verweigern, weil er anfechten kann".[141] — Mit dem Gesagten steht im Einklang, daß der unten[142] zu besprechende Verzicht auf das Anfechtungsrecht zweifellos auch den Verzicht auf Anspruch und Einrede bedeutet, die eben in dem Anfechtungsrecht eingeschlossen sind. Ist dies dagegen durch Zeitablauf erloschen, so kommen Anspruch und Einrede zu ihrer Geltung. Anders ist im Falle des § 2083 i. V. mit §§ 2081 III, 2194 zu entscheiden. Denn hier erfolgt die Anfechtung nicht gegenüber demjenigen, welcher den Verpflichteten aus der anfechtbaren letztwilligen Verfügung belangt, sondern durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte. Daher würde, wenn man den Fall setzt, ein aus einer anfechtbaren letztwilligen Verfügung mit einer Auflage beschwerter Erbe, würde von den im § 2194 bezeichneten Personen aus dieser Auflage in Anspruch genommen, der Erbe ihnen gegenüber nicht

140) §§ 121, 124
141) Windscheid-Kipp, Pand. I S. 181.
142) S. 68, 69.

anfechten können und eventuell zur Leistung verurteilt werden, bevor er in die Lage gekommen ist, anzufechten. Man darf deshalb aus Billigkeitsgründen kein Bedenken tragen, dem Anfechtungsberechtigten neben seinem Anfechtungsrecht eine Einrede zu gewähren. Wenn nun die Fassung des § 2083 darauf hinzudeuten scheint, daß bei Anfechtbarkeit letztwilliger Verfügungen dem Anfechtungsberechtigten immer, nicht nur in dem soeben erwähnten Falle, das Verweigerungsrecht zusteht, so ist demgegenüber auszuführen, daß die oben[143] gegen eine solche Auffassung sprechenden Gründe auch hier zutreffen. Im Prinzip kann Anfechtungs- und Verweigerungsrecht — aus demselben Grunde entspringend — derselben Person nicht gleichzeitig zur Ausübung zustehen. § 2083 ist vielmehr dahin auszulegen, daß der mit der anfechtbaren letztwilligen Verfügung Beschwerte, solange er anfechten kann, infolge der Anfechtung und der durch sie bewirkten Beseitigung der letztwilligen Verfügung sowie des aus ihr resultierenden Anspruches nicht zu leisten braucht; aber auch, wenn die Anfechtung nach § 2082 ausgeschlossen ist und der Beschwerte folgeweise den ihm entgegenstehenden Anspruch nicht mehr beseitigen kann, soll er im stande sein, sich zu schützen; auch dann braucht er nicht zu leisten, weil er die Leistung verweigern kann.

Außer in dem Falle der §§ 2081, 2083, 2194 giebt es im BGB. noch einen Fall, in welchem derselben Person Anfechtungsrecht und Einrede — aus demselben Grunde entspringend — gleichzeitig zur Ausübung zustehen; dieser Fall wird gegeben durch die §§ 1945,

143) S. 61, 62.

1955, 1994, 2014: der Erbe hat die Erbschaft anfechtbar angenommen, und es wird nun Inventarerrichtung beantragt. Ist das Inventar errichtet, so kann der Erbe die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten nicht mehr verweigern. Erfährt er nun den Anfechtungsgrund und beabsichtigt er anzufechten, so wird es wegen §§ 1955, 1945 aus demselben Grunde, wie im vorerwähnten Falle billig sein, ihm gegen die Klage der Nachlaßgläubiger die Einrede der Anfechtbarkeit zu geben.[144]

3. Das Anfechtungsrecht in seinem Verhältnis zur Einrede

Bei der Betrachtuug der speziellen Eigenart des Anfechtungsrechtes im Verhältnis zum Einrederecht ist auf die im Theil I[145] dieser Arbeit aufgestellte Einteilung der Rechte des BGB. zurückzuverweisen. Das Anfechtungsrecht gehört zu den positiven Rechten, d. h. solchen, die zu einem Tun berechtigen, und unter diesen gehört es der dritten Kategorie an, der Klasse der positiven Hülfsrechte. Das Anfechtungsrecht hat mit den Rechten der oben[145] erwähnten zweiten Gruppe gemeinsam, daß es kein Anspruch ist. Es besteht aber der gewaltige Unterschied, daß es im Gegensatz zu den Rechten der zweiten Gruppe niemals in einen Anspruch sich umsetzen kann, d. h. daß es unverletzbar ist. Es ist begrifflich ausgeschlossen, von einer Verletzung des Anfechtungsrechtes zu reden. Denn einerseits verlangt das Anfechtungsrecht von seinem Gegner keine Leistung, sodaß es durch Nichterfüllung etwa verletzt werden

144) Vgl. Reatz. Komm. z BGB. Anm. 1g zu § 2078.
145) Oben S. 17 ff

könnte; andererseits ist es ein Recht auf Herbeiführung eines gewissen Rechtszustandes, den sich der Berechtigte durch Ausübung selbst verschaffen kann; es beschränkt sich darauf, zur Abgabe einer rechtswirksamen Erklärung zu berechtigen;[146] deshalb kann es nicht angegriffen werden. Mit den Rechten der ersten Gruppe,[145] den Forderungsrechten, hat das Anfechtungsrecht gemeinsam, daß es durch seine Ausübung zu Grunde geht. Aber während ein Forderungsrecht durch sich selbst seinem Träger von Interesse ist, ihm durch seinen Bestand Nutzen gewährt, besteht der Nutzen des Anfechtungsrechtes nur darin, daß es zur Veränderung eines Rechtszustandes befähigt. An sich bietet es gar keine Vorteile irgend welcher Art, es kann weder übertragen noch sonst verwertet werden, es ist unlöslich mit seinem Zweck verbunden; in der Erfüllung dieses Zweckes geht es unter. Es kann deshalb erst in dem Augenblicke von materiellem Vorteil werden, in dem es zu Grunde geht. Die erwähnten Eigenschaften teilt das Anfechtungsrecht mit allen positiven Hülfsrechten.[147] Es leuchtet ein, daß derartige Rechte nicht auf einer Stufe mit den übrigen Rechten des BBG. stehen; sie sind gewissermaßen von minderer Qualität. Daher ist auch in der Litteratur das Bestreben nicht zu verkennen, sie in eine besondere Kategorie zu bringen. Dernburg[148] gebraucht den Ausdruck: „negative Rechte", zu denen auch die Einreden gerechnet werden, ebenso Bekker.[149] Thon[150] stellt

146) Vgl. Archiv für Bürgerl. Recht, XVIII S. 379.
147) Vgl. BGB. §§ 325, 1942 u. s. w.
148) Pand. I S. 322 Anm 3.
149) Pand. I S. 89, 90.
150) Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 325 ff.

den Begriff der „Befugnisse“ des „rechtlichen Könnens“ auf; desgl. Hellwig.[151] Sohm[152] kennt „Rechte zweiter Klasse“. Bendix[153] nennt „die Anfechtungsbefugnis ein einseitiges Rechtsgeschäft“. Die Ungenauigkeit dieses Satzes liegt auf der Hand.

Fragt man nun nach dem Verhältnis zu den entsprechenden Begriffsmomenten der Einrede, so ist von einer grundsätzlichen Differenz zu reden. Folgendes ist auszuführen: Das BGB. kennt außer den positiven Rechten noch solche, welche lediglich zu einem Unterlassen berechtigen, negative Rechte, diese gehören zu den Einreden. Diese negativen Rechte; sind, wie die positiven Hülfsrechte (Befugnisse), abhängig von anderen Rechtsverhältnissen, und zwar speziell von einem Anspruch; Ihre alleinige Aufgabe ist es, gegen ihn zu verteidigen. fällt der Anspruch fort, so sind auch sie verschwunden Oben[154] ist aber gezeigt worden, daß die Einreden über den Kreis der rein negativen Rechte hinausgehen, daß sie auch Rechte sein können, welche zu einem selbständigen Tun berechtigen, vorausgesetzt, daß die letzteren Rechte Forderungsrechte sind, oder, da verletzbar, solche werden können. Diese Rechte sind aber Rechte im vollen Sinne „erstklassig“. Die Einrede ist somit unter keine typische Art von Rechten zu bringen; positive und negative Rechte können Einreden sein. A. M. Crome[155]: „Nicht auf die zufällige Art des Vorschützens, sondern

151) Anspruch und Klagerecht S.

152) (In einer von mir gehörten Vorlesung). Vgl. auch Motive I S. 221: „Anfechtungsbefugnisse“.

153) Einführung S. 151.

154) S. 18 ff.

155) System I S. 189.

auf die typische Art des Rechtes komme es bei der Einrede an".

Während der Charakter des Einrederechtes schwankt, ist das Anfechtungsrecht durchaus typisch, gehört einer Klasse von Rechten an, der der positiven Hülfsrechte, Befugnisse u. dgl. Insoweit die Einrede, wie z. B. die Verjährungseinrede, sich darauf beschränkt, eine Leistung nur zu verweigern, ist sie gleich dem Anfechtungsrecht ein Hülfsrecht; aber sie ist auch hier anders geartet; sie ist ein negatives, verteidigendes Hülfsrecht, während das Anfechtungsrecht ein positives, angreifendes Hülfsrecht ist. Endlich ist zu erwähnen, daß die Einrede allen Kategorien der Rechte angehören kann, mit Ausnahme der Kategorie, der das Anfechtungsrecht angehört.

Das Anfechtungsrecht ist kein Anspruch und unterliegt daher nach § 194 BGB. nicht der Verjährung. Es würde somit immer wirksam bestehen bleiben und die Rechtssicherheit äußerst gefährden; aus diesem Grunde beschränkt es das BGB. auf Präklusivfristen,[156] die je nach dem Grunde der Anfechtbarkeit verschieden bemessen sind und vom Tage der Kenntnis des Anfechtungsberechtigten von dem Grunde an laufen; unabhängig von dieser Kenntnis erlischt das Anfechtungsrecht — mit

156) Präklusivfristen sind Fristen, an die der Bestand gewisser Rechte gebunden ist. Während die Verjährung durch Hervorbringung einer Einrede rechtserzeugend wirkt, wirkt die Präklusiv-(ausschluß)-frist durch Beseitigung des betreffenden Rechtes rechtsvernichtend. Die Ausschlußfrist ist teils eine gesetzliche, teils eine vertragsmäßige, teils eine aus gesetzlicher Bestimmung und Belieben des einzelnen gemischte; sie findet sich vorzugsweise bei positiven Hülfsrechten (§§ 124, 355, 1914 u. a. m.), selten bei Ansprüchen; hier nur in den §§ 801, 864, 977.

Ausnahme des § 1339 — durchgängig nach Ablauf von 30 Jahren seit Vornahme des anfechtbaren Rechtsgeschäftes. In dem Begriffe der Einrede liegt eine solche Befristung nicht; im Gegenteil, wie es ganz mit dem Wesen des vernichtenden Anfechtungsrechtes übereinstimmt, daß es kurz befristet ist, entspricht eine unumschränkte Dauer der Natur der Einrede; auch aufschiebende Einreden können beliebig lange bestehen; sie sind nur durch außerhalb des Einredebegriffes liegende Umstände (wie etwa Erfüllung, Vorausklage u. s. w.) zum Erlöschen zu bringen.

Wie grundsätzlich auf alle Privatrechte, kann auf das Anfechtungsrecht verzichtet werden; es erlischt in diesem Falle. Das Gleiche ist im Teil I für die Einrede gezeigt worden.

Nach § 144 BGB. ist die Anfechtung ausgeschlossen, wenn das anfechtbare Rechtsgeschäft von dem Anfechtungsberechtigten bestätigt wird. Diese Bestätigung stellt sich sachlich als Verzicht auf das Anfechtungsrecht dar.[157] Ähnlich wie zwischen rechtsverneinender Einwendung und Einrede[158] zeigt sich in der Möglichkeit des Verzichtes der Unterschied zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit in voller Schärfe. Nach § 141 BGB. kann ein nichtiges Rechtsgeschäft folgerecht nur dadurch „bestätigt" werden, daß es neu vorgenommen wird; in Wahrheit ist die erneute Vornahme weder „Bestätigung" noch ein „Verzicht auf die Nichtigkeit"; denn ein nichtiges Rechtsgeschäft kann, als nicht vorhanden, nicht bestätigt werden.

157) Vgl. Kuhlenbeck, BGB. I S. 95; Planck, Komm. I S. 196.
158) S. oben S. 22, 23, 34.

Eine Besonderheit des Verzichtes auf das Anfechtungsrecht gegenüber dem auf die Einrede liegt darin, daß er einseitig und überhaupt in jeder beliebigen, die Verzichtsabsicht enthaltenden Art und Weise erfolgen kann, während auf die Einrede grundsätzlich nur durch Vertrag verzichtet werden kann. [159]

Ist die Anfechtung erfolgt, das Anfechtungsrecht mithin ausgeübt, so besteht kein Recht mehr, auf das verzichtet werden könnte; das Rechtsgeschäft ist nichtig, Platz greift § 141 I BGB. Auf die Einrede kann auch nach ihrer Ausübung verzichtet werden. [160]

4. Schlußergebnis.

Die Arbeit hat zum kurzen endlichen Ergebnis, daß beide zum Inhalt dieser Arbeit stehenden Begriffe grundsätzlich von einander verschieden sind. Das Anfechtungsrecht gehört einer bestimmten Kategorie von Rechten an, das Einrederecht nicht.

Die Anfechtbarkeit und das Bestehen der Einrede stehen zueinander in demselben Verhältnis, wie eine einem Rechtsgeschäfte innewohnende spezifische Eigentümlichkeit zu einem selbständigen Rechtsverhältnisse.

Die Anfechtung und die Einredeausübung stehen zueinander in dem Verhältnis eines Rechtsgeschäftes zu der prozessualen Geltendmachung eines Rechtes.

Dem verschiedenen Verhältnis gemäß sind die juristischen Wirkungen beider rechtlichen Gebilde durchaus verschieden. Dennoch sind sie oft miteinander identifiziert worden. Diese Gleichstellung resultiert aus dem Um-

159 S.) oben S. 34.

160) Vgl. Hellmann, Vortr. S. 202 u. oben S. 34.

stande, daß beide Gebilde oft im wesentlichen den gleichen wirtschaftlichen Erfolg haben. Es folgt aus diesem Umstand ferner, daß sie im Gesetze selbst in nähere Beziehungen zueinander treten.

Ist es erlaubt, mit Rücksicht sowohl auf die wirtschaftliche Bedeutung (d. h. den erreichten gesetzgeberischen Zweck), als in Bezug auf die rechtliche Wirkung ein Bild zu gebrauchen, so ist die Einrede ein Schild, die Anfechtung ein Schwert.